

SAMVÆRSRETT FOR FORELDRE ETTER OMSORGSOVERTAKELSE

Kandidatnummer: 529

Leveringsfrist: 25. april 2007

(* regelverk for spesialoppgave på:

<http://www.jus.uio.no/studier/regelverk/utf-forskr-vedlegg-i.html>

regelverk for masteroppgave på:

<http://www.jus.uio.no/studier/regelverk/master/eksamensforskrift/kap6.html>)

Til sammen 16 100 ord

23.11.2007

Innholdsfortegnelse

<u>1</u>	<u>INNLEDNING</u>	<u>1</u>
1.1	Tema og problemstilling	1
1.2	Avgrensning	2
1.3	Oppgavens oppbygning	3
1.4	Grunnleggende barnevernrettslige prinsipper	4
1.4.1	Legalitetsprinsippet	4
1.4.2	Hensynet til barnets beste	4
1.4.3	Det biologiske prinsipp	5
1.4.4	Mildeste inngreps prinsipp	6
<u>2</u>	<u>GJELDENDE RETT</u>	<u>7</u>
2.1	Barnevernloven § 4-12 – omsorgsovertakelse	7
2.2	Barnevernloven § 4-19 – samværsrett etter omsorgsovertakelse	8
2.2.1	Ordlyd	8
2.2.2	Første ledd	8
2.2.3	Annet ledd	9
2.3	EMK artikkel 8 – retten til respekt for familieliv	13
2.3.1	EMK sin stilling i norsk rett	13
2.3.2	Ordlyd	14
2.3.3	Retten til familieliv	15
<u>3</u>	<u>RETTSPRAKSIS</u>	<u>16</u>
3.1	Innledning	16
3.2	Høyesterettspraksis	17

3.2.1	Rt.1996.1684 – hver fjerde helg og feriesamvær	17
3.2.2	Rt.1997.534 – 3 ganger per år av seks timer	18
3.2.3	Rt.1998.787 – 3 ganger per år av 6 timers varighet	19
3.2.4	Rt.1998.1420	23
3.2.5	Rt.2001.14 – 4 ganger per år av 3 timers varighet	24
3.2.6	Rt.2002.875 – hver fjerde helg	25
3.2.7	Rt.2003.425 – 4 helger per år, hvorav 6 timer hver av dagene	26
3.2.8	Rt.2004.1683 – Hver fjerde uke, med overnatting	28
3.2.9	Rt.2005.624 – 6 ganger per år av 6 timers varighet	30
3.2.10	Rt.2006.247 – 3 ganger per måned, hvorav ett overnattingssamvær	31
3.2.11	Rt.2006.1308 – 12 ganger per år, med overnatting	34
3.2.12	Rt.2006.1672 – 12 ganger per år av 6 timer	36
3.3	Samværsnekt	37
3.3.1	Rt.2002.908	38
3.3.2	Rt.2004.1046	40
3.4	Sammenfatning av Høyesterettspraksis	43
3.5	Praksis fra Den europeiske menneskerettsdomstolen (EMD)	46
3.5.1	Adele Johansen mot Norge	46
3.5.2	K. og T. mot Finland	48
3.5.3	Olsson mot Sverige, 1988	49
3.5.4	Eriksson mot Sverige, 1989	50
3.6	Sammenfatning av EMD-praksis	51
<u>4</u>	<u>AVSLUTTENDE VURDERING</u>	<u>52</u>
<u>5</u>	<u>KONKLUSJON</u>	<u>54</u>
<u>6</u>	<u>LITTERATURLISTE</u>	<u>56</u>
6.1	Juridisk litteratur	56
6.2	Juridiske artikler	56

6.3	Lover og konvensjoner	57
6.4	Forarbeider	57
6.5	Rettspraksis	57

1 Innledning

1.1 Tema og problemstilling

I vårt samfunn er det et grunnleggende prinsipp at foreldre sørger for og oppdrar sine barn.¹ Dette grunnleggende synet kan innskrenkes når det kommer til det offentliges ansvar overfor borgere som ikke makter ta vare på seg selv og sine. Lov om barneverntjenester av 17. juli 1992 nr. 100 (barnevernloven) hjemler myndighetenes plikt å sette inn tiltak der foreldreansvaret ikke blir ivaretatt og hvor barna utsettes for omsorgssvikt eller andre skadelige oppvekstvilkår, jf. barnevernloven § 1-1. Barnevernloven gir vilkårene for *når* det offentlige kan gripe inn med tiltak og *hvilke* tiltak som kan benyttes.

Oppgavens tema er samværsrett for foreldre etter omsorgsovertakelse. Rettslig grunnlag er barnevernloven § 4-19 annet ledd jf. første ledd. Det er denne loven jeg henviser til hvor annet ikke er nevnt. I følge § 4-19 annet ledd skal fylkesnemnda når den fatter vedtak om omsorgsovertakelse samtidig bestemme den rett til samvær foreldre og barn skal ha, men loven gir ingen nærmere retningslinjer for hvordan denne retten skal fastsettes. Oppgavens problemstilling er i hvilken grad det finnes faste retningslinjer i praksis for fastsettelsen av samvær for foreldre som fratas omsorgsretten til sine barn. Fremstillingen vil basere seg på en gjennomgang og sammenligning av norsk Høyesterettspraksis og praksis fra Den europeiske menneskerettighetsdomstolen i Strasbourg (EMD) for å se hvilken rett til samvær foreldrene der gis, samt hvordan samværet fastsettes. I dom inntatt i Rt.2002.908 ble det uttalt at Høyesterett dømmer i samsvar med EMD. Denne fremstillingen søker blant annet å redegjøre for om dette er tilfellet.

Innledningsvis er det viktig å fremheve at fylkesnemndas vedtak om samvær ikke er en tildeling av et gode, men en begrensning av en rettighet. Selv om det foreligger en rett til

¹ NOU 1985:18 side 157.

samvær etter omsorgsovertakelser, innebærer samværsretten en begrensning i forhold til utgangspunktet om at det er foreldrenes rett å dra omsorg og sørge for sine barn.

1.2 Avgrensning

Hovedregelen om samvær står i § 4-19 første ledd, og foreldrenes rett til samvær etter omsorgsovertakelse oppstilles i annet ledd. Retten i annet ledd forutsetter derimot at det har skjedd en omsorgsovertakelse etter § 4-12. I henhold til oppgavens problemstilling er dette ikke en fremstilling av omsorgsovertakelser, men vilkårene for å treffe omsorgsvedtak vil behandles kortfattet for å gi den nødvendige bakgrunn for foreldrenes rett til samvær.

Det foretas en avgrensning mot § 4-19 tredje ledd om retten til samvær for andre enn barnets foreldre. Før lovendring² var denne retten i hovedsak forbeholdt besteforeldre og andre nære slektninger³, men den gir i dag en rett til samvær til den eller de som i foreldrenes sted ivaretok den daglige omsorgen for barnet forut for omsorgsovertakelsen.⁴ Denne retten faller utenfor oppgavens problemstilling om foreldres rett til samvær, og er ikke et tema i det følgende. Det samme gjelder for nytt fjerde og femte ledd. Jeg velger også å avgrense mot adgangen til å plassere barnet på hemmelig adresse, jf. § 4-19 annet ledd annet punktum. Denne adgangen medfører at det ikke er samvær mellom barn og foreldre, og er dermed også uten relevans for oppgavens problemstilling.

Barnevernloven av 1992 avløste barnevernloven av 1953 som ikke inneholdt en egen bestemmelse om samværsrett. På denne bakgrunn ble det heller ikke avsagt dommer med hjemmel i 1953-loven som har relevans for gjennomgangen av rettspraksis i oppgavens hoveddel. Det kan kort nevnes at i den grad det ble fattet vedtak om samvær etter 1953-loven, ble det avgjort ut fra hva som var til ”barnets beste”⁵, og bestemmelsen om rett til

² Endret ved lov av 1. desember 2006 nr. 65, i kraft 1.1.2007.

³ Ofstad/ Skar, Barnevernloven med kommentarer, side 162.

⁴ Ot.prp. nr. 76 (2005-2006), side 125-126.

⁵ Norsk lovkommentar, barnevernloven § 4-19, note 162.

samvær i lov om barn og foreldre av 8. august 1981 nr. 7 (barneloven) § 42 ble brukt som utgangspunkt ved fastsettelsen. Det er i dag avklart at barneloven ikke lenger kan brukes som et utgangspunkt ved fastsettelsen av samvær etter barnevernloven, jf. Rt.1996.1684. Samvær etter barneloven og barnevernloven av 1953 har på denne bakgrunn ingen relevans for hvilke retningslinjer som følges ved fastsettelsen av samvær etter § 4-19.

Partsrettigheter og andre prosessuelle spørsmål holdes også utenfor den videre fremstillingen da oppgavens problemstilling er å finne de materielle retningslinjene for fastsettelsen av samvær. Det kan likevel kort nevnes at myndigheten til å fatte vedtak i samværssaker er gitt til fylkesnemnda, jf. § 7-2 litra e), og at de vedtak fylkesnemnda treffer kan overprøves av tingrett, lagmannsrett og Høyesterett, jf. tvisteloven av 17. juni 2005 nr. 90 kapittel 36 og sosialtjenesteloven av 13. desember 1991 nr. 81 § 9-10. Dette er også utgangspunktet i forhold til oppgavens hoveddel hvor det fra norsk rett kun er Høyesterettspraksis som gjennomgås, men de prosessuelle reglene gis ikke ytterligere plass.

1.3 Oppgavens oppbygning

Jeg vil innledningsvis foreta en kort presentasjon av de viktigste barnevernrettslige prinsipper som ligger til grunn ved anvendelsen av barnevernlovens regler. Videre følger en gjennomgang av gjeldende rett med hovedfokus er på § 4-19 annet ledd som er hjemmelen for samværsrett etter omsorgsovertakelse. Det følger også en rett til samvær av den europeiske menneskerettighetskonvensjon (EMK) artikkel 8 ved at det er en menneskerett å ha rett til familieliv, og den vil gjennomgås fortløpende etter norsk intern rett. Disse bestemmelsene vil kortfattet gjennomgås for å vise hva som etter loven er de rettslige skranker for fastsettelsen av foreldres samværsrett. For å besvare oppgavens problemstilling om hvorvidt det foreligger faste retningslinjer i praksis ved fastsettelsen av samvær, består oppgavens hoveddel av en gjennomgang av Høyesterettspraksis og praksis fra EMD. Til slutt vil jeg foreta en avsluttende vurdering av funnene i rettspraksis om hvorvidt de besvarer oppgavens problemstilling.

1.4 Grunnleggende barnevernrettslige prinsipper

1.4.1 Legalitetsprinsippet

Legalitetsprinsippet er et rettslig prinsipp som innebærer at offentlig myndighetsutøvelse som griper inn i borgernes rettigheter og handlefrihet må skje på grunnlag av rettsregler gitt i lov eller i medhold av lov.⁶ Offentlige tiltak i en familie kan dermed bare iverksettes dersom en lovbestemmelse gir adgang til det. Dette er kjerneområdet for tvangstiltakene i barnevernretten, og det er hjemmel for ulike inngrep i barnevernloven. Likevel setter legalitetsprinsippet skranker for å tolke bestemmelsene utvidende eller analogisk.

Ved fastsettelsen av samværsretten, som jo er en begrensning av en rettighet, må det før det vurderes hva som er barnets beste spørres om det aktuelle inngrepet har hjemmel. Barnets beste kan være en tolkningsfaktor når hjemmelsgrunnlagt skal tolkes.

1.4.2 Hensynet til barnets beste

Hensynet til barnets beste er et av grunnprinsippene barnevernets arbeid skal bygges på, og dette hensynet er eksplisitt uttrykt som rettslig bindende i barnevernloven § 4-1.

Bestemmelsen lyder;

Ved anvendelse av bestemmelsene i dette kapitlet skal det legges avgjørende vekt på å finne tiltak som er til beste for barnet. Herunder skal legges vekt på å gi barnet stabil og god voksenkontakt og kontinuitet i omsorgen.

Hensynet til barnets beste skal være avgjørende ved skjønnsutøvelsen innenfor barnevernlovens adgang til å iverksette tiltak. Prinsippet må tas i betraktning ved avgjørelser av om tiltak etter loven skal iverksettes og ved valg mellom alternative tiltak. Ut fra de alternativ som foreligger skal det ikke fattes vedtak hvor ingen alternativ er til barnets beste. Videre hvor valgmulighetene er mindre gode, skal det minst skadelige

⁶ Andenæs, Statsforfatningen i Norge, side 176.

alternativet velges.⁷ Hensynet til barnets beste blir dermed den avsluttende vurderingen som foretas når det er fastslått at lovens øvrige vilkår for å iverksette tiltak er oppfylt. Videre gir loven prisnippet et noe nærmere innhold ved at det skal vektlegges å gi barnet stabil og god voksenkontakt og kontinuitet i omsorgen.⁸

Hensynet til barnets beste stiller også krav til kvaliteten på de tiltak som iverksettes. Barnets beste må vurderes opp mot situasjonen slik den foreligger før tiltak etter barnevernloven settes inn, og hvordan situasjonen vil bli etter at tiltak er satt inn. Hensynet til barnets beste blir dermed en kvalitetsskranke ved de tiltak og tjenester som iverksettes med hjemmel i barnevernlovens regler.⁹ Hensynet til barnets beste følger også av FNs barnekonvensjon (barnekonvensjonen) artikkel 3.

1.4.3 Det biologiske prinsipp

Det biologiske prinsipp er ikke uttrykkelig formulert i lovteksten, men kommer klart til uttrykk i forarbeidene og i lovens oppbygning. Dette er et grunnleggende prinsipp som sier at foreldrene selv skal sørge for sine barn, og de har både en rett og en plikt til å utøve dette ansvaret.¹⁰ Det biologiske prinsipp sier og at det har stor egenverdi for barn å kunne vokse opp hos sine biologiske foreldre, selv om det er visse mangler ved hjemmet og selv om det finnes andre mennesker som anses bedre skikket til å ta seg av det.¹¹ For å belyse dette viser jeg til Rt.1997.534 hvor det ikke ble gitt samtykke til adopsjon etter barnevernloven § 4-20 på grunnlag av de aktuelle guttenes behov for samvær med sin biologiske mor.¹² Videre ble Norge i dom fra EMD, Adele Johansen mot Norge, kjent skyldig i brudd på EMK artikkel 8 ved i denne saken å ha nektet mor samvær uten tilstrekkelig grunn. Dette

⁷ Se Lindboe, Barnevernrett, side 46 flg.

⁸ Haugli, Samværsrett i barnevernssaker, side 28-29.

⁹ Se Ofstad/ Skar, Barnevernloven med kommentarer, side 54.

¹⁰ NOU 1985:18, side 157, og Haugli, Samværsrett i barnevernssaker, side 25.

¹¹ Lindboe, Barnevernrett, side 21.

¹² En adopsjon vil etter barnevernloven § 4-20 medføre at alle rettslige og følelsesmessige bånd mellom barn og biologiske foreldre kuttes for godt, og dermed utelukkes retten til samvær som et alternativ etter adopsjon.

viser at prinsippet står sterkt ved anvendelsen av barnevernlovens bestemmelser. Prinsippet anvendes i samsvar med barnevernlovens forarbeider¹³, ved at det fattes vedtak som medfører samvær mellom barna og deres biologiske foreldre, og i den sistnevnte dommen ved at nektelse av samvær i så fall krever strenge grunner for seg.

1.4.4 Mildeste inngreps prinsipp

I forlengelsen av det biologiske prinsipp bygger loven på at det mildeste inngreps prinsipp. Dette prinsippet sier at det ikke skal iverksettes mer omfattende tiltak enn situasjonen krever. I loven er dette gjennomført ved at alvorlighetsgraden av de tiltak som iverksettes øker med problemenes omfang.

Prinsippet har relevans for oppgavens problemstilling ved at det skal tas en selvstendig stilling til samværsspørsmålet hvor foreldrene fratas omsorgen for barn. Det må vurderes i hvilket omfang det er nødvendig å gjøre inngrep i retten til kontakten mellom barnet og dets biologiske foreldre.¹⁴

¹³ NOU 1985: 18, side 157.

¹⁴ Haugli, Samværsrett i barnevernssaker, side 26-28.

2 Gjeldende rett

2.1 Barnevernloven § 4-12 – omsorgsovertakelse

Samværsretten i § 4-19 annet ledd forutsetter at det har skjedd en omsorgsovertakelse etter § 4-12.¹⁵ I det følgende foretas derfor en kort redegjørelse over vilkårene for omsorgsovertakelse. De faktiske forhold som begrunner omsorgsvedtaket utgjør gjerne grunnlaget for fastsettelsen av samværets omfang. Dette vil belyses i fremstillingen av § 4-19 annet ledd nedenfor.

Vilkårene er oppstilt § 4-12 første og annet ledd. I første ledd oppstilles fire alternative grunnvilkår som i seg selv ikke er tilstrekkelige til å hjemle omsorgsovertakelse, men som må veies opp mot en nødvendighetsvurdering etter bestemmelsens annet ledd.

Grunnvilkårene i første ledd litra a)-d) omhandler i hovedsak barn som utsettes for omsorgssvikt av både fysisk og psykisk art, og barn som er syke eller hjelpetrengende uten å få dekt sine særlige behov. Videre er fysisk og seksuell mishandling av barn grunnlag for omsorgsovertakelse, og til sist at foreldrenes omsorgsevne ikke er tilstrekkelig til å ivareta barnets beste.¹⁶ Disse momentene må veies opp mot en nødvendighetsvurdering etter tilleggsvilkåret i annet ledd, som sier at omsorgsovertakelsen må være nødvendig *”ut fra den situasjon barnet befinner seg i”*. Dette nødvendighetskriteriet kan begrense adgangen til å gripe inn selv om ett eller flere av kriteriene i første ledd er oppfylt. Dette er fra departementets side et uttrykk for at omsorgsovertakelse kun kan gjennomføres hvor det er nødvendig ut fra den situasjonen barnet befinner seg i på vedtakstidspunktet, og hvor det ikke kan skapes tilfredsstillende forhold for barnet ved mindre inngripende tiltak¹⁷, jf. det mildeste inngreps prinsipp. Mindre inngripende tiltak refererer seg til der hvor hjelpetiltak

¹⁵ Ofstad/ Skar, Barnevernloven med kommentarer, side 145.

¹⁶ Momenter er hentet fra Ot. prp. nr. 44 (1991-92), side 110-111, og Lindboe, Barnevernrett, side 86-91.

¹⁷ Ot.prp. nr. 44 (1991-92), side 111.

som for eksempel støttekontakt og avlastning ikke ha vist seg tilstrekkelige, jf annet ledd annet punktum. Å flytte et barn ut av hjemmet er dermed en siste utvei hvor det ikke kan skapes tilfredsstillende forhold for barnet ved hjelpetiltak. Hvor barnet blir flyttet ut av hjemmet foreligger følgelig en rett til samvær etter § 4-19. Hva denne samværsretten innebærer vil det redegjøres for i det følgende.

2.2 Barnevernloven § 4-19 – samværsrett etter omsorgsovertakelse

2.2.1 Ordlyd

Bestemmelsens første og annet ledd lyder;

Barn og foreldre har, hvis ikke annet er bestemt, rett til samvær med hverandre.

Når det er fattet vedtak om omsorgsovertakelse, skal fylkesnemnda ta standpunkt til omfanget av samværsretten, men kan også bestemme at det av hensyn til barnet ikke skal være samvær. Fylkesnemnda kan også bestemme at foreldrene ikke skal ha rett til å vite hvor barnet er.

2.2.2 Første ledd

Lovens hovedregel er at barn og foreldre har rett til samvær med hverandre når barnet bor utenfor hjemmet som følge av vedtak etter barnevernloven. Hovedregelen gjelder uavhengig av om barnet er plassert utenfor hjemmet som et frivillig hjelpetiltak etter § 4-4 femte ledd, etter vedtak om særtiltak for barn og unge etter § 4-24 og § 4-26, eller ved omsorgsovertakelse etter § 4-12. Det er som nevnt kun sistenevnte tiltak som er aktuelt i denne fremstillingen. Samværsretten begrunnes i forskning som viser at det i mange tilfeller er svært viktig for barn å opprettholde kontakten med sine biologiske foreldre.¹⁸ Dette begrunnes i det sterke følelsesmessige båndet som er mellom foreldre og barn, og

¹⁸ Ot.prp. nr. 44 (1991-92), side 51.

fordi barn gjennom samvær kan få en følelse av kontinuitet i livet sitt. Dette utgangspunktet forankres i det biologiske prinsipp. **Noe fra samværsboken relevant her?**

Loven gir ingen nærmere definisjon av hva samværsretten omfatter. Sosiallovutvalget uttalte at *”uttrykket samværsrett omfatter både at foreldrene kan besøke barnet, og barnet kan besøke foreldrene”*.¹⁹ Avgrensningen er relevant i forhold til i hvilken grad det kan tillates brev- og telefonkontakt som en del av samværsordningen, men det må legges til grunn at det er det fysiske samværet som omfattes av hovedregelen.²⁰ I henhold til oppgavens problemstilling foreligger dermed en rett for foreldrene til fysisk å kunne treffe sine egne barn.

2.2.3 Annet ledd

2.2.3.1 Samværets omfang

Fylkesnemnda er i loven gitt myndighet til å fastsette *”omfanget av samværsretten”*. Dette samsvarer med Sosiallovutvalgets uttalelse om at det er det organ som treffer vedtak om omsorgsovertakelse som bør bestemme hvordan samværsretten skal utøves.²¹ Begrepet refererer seg til en tidsmessig regulering av hvor hyppig samværene skal finne sted og varigheten av det enkelte samværet.²² Derimot gir loven ingen nærmere retningslinjer for hvordan dette omfanget skal fastsettes. I det følgende vil momenter ved fastsettelsen av samværets omfang gjennomgås.

Fastsettelsen må ta utgangspunkt i barnevernloven § 4-1 som sier at det skal legges avgjørende vekt på hensynet til barnets beste.²³ Selv om det skal legges avgjørende vekt på barnets beste, må det tas med i vurderingen at samværsretten også er en rettighet for

¹⁹ NOU 1985:18 side 168.

²⁰ Ofstad/ Skar, Barnevernloven med kommentarer, side 144.

²¹ NOU 1985:18, side 168.

²² Haugli, Samværsrett i barnevernssaker, side 216.

²³ Ofstad/ Skar, Barnevernloven med kommentarer, side 55.

foreldrene, jf. bestemmelsens første ledd. Likevel må hensynet til barnets beste gå foran hvor det oppstår konflikt mellom foreldrenes rettigheter og barnets beste ved samværsfastsettelsen.²⁴ Fastsettelsen av samværets omfang må videre skje i overensstemmelse med omsorgsvedtakets formål og varighet siden barnet på sikt i utgangspunktet skal tilbakeføres til foreldrene.²⁵ Lengre og varige omsorgsovertakelser tilsier at samværene ikke bør være for hyppige for at barnet skal kunne opparbeide den ro det trenger i sin nye omsorgssituasjon, men samværene bør ikke være så sjeldne at foreldre og barn blir fremmede for hverandre.²⁶ Følgelig tilsier mer kortvarige omsorgsovertakelser at samværene bør være hyppige for å holde forholdet mellom foreldre og barn ved like i den tiden de er fra hverandre. Dette er blant annet lagt til grunn i Rt.2006.247, nedenfor under punkt 3.2.10.

Det er godtatt at barneverntjenesten praktiserer samværet i større omfang og mer fleksibelt enn fastsatt i fylkesnemnda sitt vedtak. Dette er også forutsatt i forarbeidene.²⁷ Fylkesnemnda fastslår *om* det foreligger en rett til samvær, og foretar videre de vanskelige avveiningene det krever å få fastsatt samværets omfang ut fra de vurderinger som anses riktige og til barnets beste på det tidspunkt vedtaket fattes. I praksis fastsetter fylkesnemnda en såkalt minimumsrett med utsagn om at et mer omfattende samvær kan praktiseres i forståelse med barneverntjenesten. Dette er lagt til grunn i en rekke Høyesterettsdommer, se blant annet Rt.1996.1684, Rt.1998.787, Rt.2002.875, og Rt.2003.425 nedenfor.

Videre er det lagt til grunn i forarbeidene at det skal være en arbeidsfordeling mellom fylkesnemnda og barneverntjenesten med henblikk på samværsrettens *innhold*.²⁸ Barneverntjenesten står nærmest til å løse eventuelle praktiske løsninger om tid og sted for når og hvor samværene skal gjennomføres. Fylkesnemnda bestemmer samværets hyppighet

²⁴ Ofstad/ Skar, Barnevernloven med kommentarer, side 145.

²⁵ Ofstad/ Skar, Barnevernloven med kommentarer, side 146.

²⁶ Koch/ Walstad, Samvær mellom barn og foreldre som ikke bor sammen, side 28-29.

²⁷ Ot.prp. nr 44 (1991-92) side 52 og side 112-113.

²⁸ Ot.prp. nr 44 (1991-92) side 52.

og varighet, men barneverntjenesten står nærmest å tilordne den praktiske gjennomføringen.

På den annen side kan ikke barneverntjenesten *begrense* den samværsrett fylkesnemnda har fastsatt i vedtaket. Mener derimot barneverntjenesten at samværshyppigheten bør reduseres, eventuelt at det bør være andre begrensninger i samværsretten, for eksempel tilsyn eller sperret adresse, må det fremmes forslag om nytt vedtak til fylkesnemnda. Gjeldende samværsrett må dermed utøves frem til fylkesnemnda fatter nytt vedtak i saken.²⁹ I kjennelsen inntatt i Rt.1998.1420 ble det uttalt hvor grensen mellom fylkesnemnda (domstolene ved overprøving) og barneverntjenestens myndighet går. Her opphevet Høyesteretts kjæremålsutvalg lagmannsrettens dom, blant annet med det grunnlag at samværsrettens omfang ikke var inntatt i domsslutningen. Førstvoterende uttalte at det ikke kunne åpnes en adgang for barneverntjenesten til å redusere det omfang retten har ansett som det beste. Med andre ord kan barneverntjenesten praktisere samværet så langt det er i overensstemmelse med premissene i fylkesnemndas vedtak.

I henhold til oppgavens problemstilling er det få momenter å hente fra lovens selv. Forarbeidene gir føringer på at det biologiske prinsipp og hensynet til barnets beste står sterkt, men disse prinsippene medfører likevel at det må anvendes en stor grad av skjønn i den enkelte sak.

2.2.3.2 Samværsnekt

I bestemmelsens annet ledd første punktum annet alternativ kan fylkesnemnda bestemme at det ikke skal være samvær mellom barn og foreldre. Vilkåret for å nekte samvær er ”av hensyn til barnet”.³⁰ Siden retten til samvær er lovens klare utgangspunkt er det antatt at samværsnekt krever sterke grunner.³¹ I det følgende blir spørsmålet hva som ligger i sterke

²⁹ Se Ofstad/ Skar, Barnevernloven med kommentarer, side 154.

³⁰ Haugli, Samværsrett i barnevernssaker, side 217.

³¹ Lindboe, Barnevernrett, side 121.

grunner. Verken loven eller forarbeidene tar stilling til hvor sterke grunner som kreves for å nekte samvær. Samværsretten baseres på en presumpsjon om at samvær er til barnets beste, noe som skulle medføre at det må foreligge en viss overvekt av mothensyn før det kan bestemmes at samvær ikke er til barnets beste.³² Videre vil omsorgsvedtakets begrunnelse være avgjørende for eventuelle samværsrestriksjoner som pålegges.³³ Å avskjære retten til samvær vil vanskeliggjøre en tilbakeføring av barnet på et senere tidspunkt. Dermed må vilkårene for å nekte samvær må være strenge.³⁴ Det kan tenkes at desto mer samværsretten begrenses, desto sterkere må grunnlaget være.³⁵

Spørsmål om å nekte samvær er blitt behandlet i rettspraksis, og det er der uttalt at det kreves sterke grunner for å nekte samvær. Se blant annet Adele Johansen-dommen, hvor Norge ble dømt for konvensjonsbrudd ved å nekte samvær mellom mor og datter. EMD fant at det ikke var tilstrekkelig grunnlag for å treffe et så inngripende vedtak i denne saken, og uttalte videre at å nekte samvær kun er berettiget i ekstraordinære tilfeller hvor tiltaket er motivert av et dominerende hensyn til barnets beste. Det er også etter norsk høyesterettspraksis nektet samvær, hvor psykiske problemer og mishandling ble brukt som grunnlag for å nekte samvær. Imidlertid kan det ikke nektes samvær på grunn av at plasseringen av barnet etter omsorgsovertakelsen anses for å være langsiktig. Dette kom til uttrykk i dommen inntatt i Rt.1998.787 hvor førstvoterende uttalte at en varig eller langsiktig omsorgsovertakelse ikke er tilstrekkelig til å nekte samvær.

På bakgrunn av dette skal det mye til før foreldre ikke gis samvær med sine barn, men heller ikke her foreligger faste retningslinjer. Adgangen til å nekte samvær tilsier at det biologiske prinsipp ikke står sterkt ved vurderingen, men at det klare grunnlaget for å nekte samvær er hensynet til barnets beste.

³² Haugli, Samværsrett i barnevernssaker, side 219.

³³ Haugli, Samværsrett i barnevernssaker, side 292-295.

³⁴ Ofstad/ Skar, Barnevernloven med kommentarer, side 151.

³⁵ Ofstad/ Skar, Barnevernloven med kommentarer, side 147.

2.2.3.3 Tilsyn og andre vilkår for samvær

Fylkesnemnda kan bestemme at retten til samvær mellom foreldre og barn skal underlegges visse begrensninger. Dette er det ikke direkte hjemmel for i loven, men det følger implisitt av annet ledd av adgangen til å nekte samvær. Når fylkesnemnda kan bestemme at det ikke skal være samvær, må den kunne bestemme det mindre ved å stille vilkår for samværsretten.³⁶ Følgelig betyr det at hvor fylkesnemnda ikke har grunnlag for å nekte samvær, er det heller ikke grunnlag for å sette vilkår for samværene. Tilsyn er et kontrolltiltak som begrunnes i behovet for å beskytte barnet.³⁷

2.2.3.4 Sammenfatning

På bakgrunn av norsk intern rett kan det fastslås at det ikke oppstilles faste kriterier for fastsettelsen av samværets omfang i verken lov eller forarbeider. Som fremstillingen har vist baseres fastsettelsen av samværets omfang på hvordan praksis anvender bestemmelsen på bakgrunn av skjønnsmessige vurderinger i den enkelte sak, med de grunnleggende barnevernrettslige prinsipper i bunn. Jeg går nå over til å se hvordan EMK stiller seg til fastsettelsen av samværets omfang.

2.3 EMK artikkel 8 – retten til respekt for familieliv

2.3.1 EMK sin stilling i norsk rett

Før jeg redegjør for hva EMK artikkel 8 bestemmer i forhold til retten til samvær, bør norsk rett sitt forhold til internasjonale konvensjoner klargjøres. For det første fastslår Grunnloven § 110 c at statens myndigheter plikter å respektere og sikre menneskerettighetene. Videre følger det av menneskerettloven av 21. mai 1999 nr. 30 at et utvalg internasjonale konvensjoner, herunder EMK, er inkorporert som gjeldende norsk lov, jf. § 2. Menneskerettighetskonvensjonene skal ved motstrid gå foran bestemmelser i annen lovgivning, jf. § 3. For Norge innebærer det en folkerettslig plikt å sikre at vår

³⁶ Ofstad/ Skar, Barnevernloven med kommentarer, side 150-151.

³⁷ Koch/ Walstad, Samvær mellom barn og foreldre som ikke bor sammen, side 147.

nasjonale lovgivning er i samsvar med disse konvensjonene, og at norsk rettspraksis ikke dømmer i strid med disse konvensjonene.

Norske myndigheter ved barnevernet, fylkesnemnder og de alminnelige domstoler er forpliktet til å praktisere barnevernloven i overensstemmelse med EMK og dommer etter EMD. Derimot vil det sjelden være aktuelt å anvende disse som rettskilder i den enkelte barnevernssak. I det daglige barnevernarbeid er dette gjennomført gjennom anvendelsen av barnevernloven og praksis fra Høyesterett, fordi norsk rett presumeres å være i overensstemmelse med EMK og EMD.³⁸

2.3.2 Ordlyd

EMK artikkel 8 med norsk oversettelse lyder;

- 1. Enhver har rett til respekt for sitt privatliv og familieliv, sitt hjem og sin korrespondanse.*
- 2. Det skal ikke skje noe inngrep av offentlig myndighet i utøvelsen av denne rettighet unntatt når dette er i samsvar med loven og er nødvendig i et demokratisk samfunn...*

Artikkel 8 er en generell regel og favner vidt. Formålet med bestemmelsen er å gi individet en rett til å råde over seg selv og sitt, og gi et vern mot vilkårlige inngrep fra myndighetenes side.³⁹ I saker som er aktuelle i denne fremstillingen omfattes enhver hindring eller begrensning i foreldres og barns adgang til samvær med hverandre etter en omsorgsovertakelse. Denne rettigheten følger av artikkelens første ledd av retten til familieliv, mens hjemmelen for å kunne gjøre inngrep følger av annet ledd. Det foreligger dermed ingen selvstendig bestemmelse om retten til samvær i EMK. I det følgende skal det

³⁸ Lindboe, Barnevernrett, side 288.

³⁹ Høstmælingen, Internasjonale menneskerettigheter, side 215 flg.

kort redegjøres for hva retten til familieliv innebærer og hvilken betydning nødvendighetsvurderingen har.

2.3.3 *Retten til familieliv*

Med familieliv menes forholdet mellom barn og foreldre.⁴⁰ Kjernen i dette er retten til å være i fred, og myndighetene har en plikt til å treffe positive tiltak for å beskytte familielivet.⁴¹ Videre har foreldre og barn et gjensidig vern mot å bli atskilt fra hverandre. Denne retten faller bort når det offentlige overtar omsorgen for barn. Om det foreligger krenkelse av retten til familieliv, avgjøres av hvorvidt vilkårene i annet ledd er oppfylt. Disse sier at vedtaket må være i samsvar med den nasjonale lovgivning og nødvendig i et demokratisk samfunn. Det er nødvendighetsvurderingen som har vist seg å være det springende punkt, jf. praksis av EMD senere.

Uttrykket ”nødvendig i et demokratisk samfunn” innebærer at inngrepet i familielivet må begrunnes i sterke samfunnsmessige hensyn. Ved denne vurderingen må det tas i betraktning at det tilligger den enkelte stat en viss skjønnsmargin, men at EMD likevel kan vurdere hvorvidt den nasjonale myndighets begrunnelse er relevant og tilstrekkelig. Nødvendighetsvurderingen går i hovedsak ut på om saken har vært tilstrekkelig opplyst av de nasjonale myndigheter, og hvorvidt forebyggende og mindre inngripende tiltak ikke har ført frem.⁴² Nødvendighetskriteriet kan bli oppfylt ved at det velges et mindre inngripende tiltak.⁴³ Det er ikke en egen bestemmelse om rett til samvær i EMK, men som for norsk intern rett henspeiles det til hvordan rettspraksis anvender bestemmelsen.

⁴⁰ Møse, Menneskerettigheter, side 414. Begrepet omfatter også forholdet mellom ektefeller, samboere, nære slektninger, men dette har ingen relevans i denne sammenheng.

⁴¹ Norsk Lovkommentar, EMK artikkel 8, note 70.

⁴² Alstad/ Loftsgaard, Barnevern og omsorgsovertakelse, side 78-82.

⁴³ Sandberg, Tilbakeføring av barn etter omsorgsovertakelse, side 46.

3 Rettspraksis

3.1 Innledning

I henhold til gjennomgåelsen ovenfor og oppgavens problemstilling vil jeg i det følgende se nærmere på rettspraksis fra henholdsvis Høyesterett og EMD. Spørsmål om samvær etter § 4-19 annet ledd er av Høyesterett kun blitt realitetsbehandlet 14 ganger, og samtlige er gitt plass i denne fremstillingen. Dommene er i utpreget grad konkrete og basert på skjønn for den enkelte sak, og det kan være vanskelig å trekke ut av domsgrunnene hva som har vært det aktuelle rettslige vurderingstema.⁴⁴ Problemstillingen er som kjent hvorvidt det likevel følges faste retningslinjer ved fastsettelsen av samværets omfang, og også hvorvidt domstolene har formulert rettslige relevante hensyn som kan være aktuelle utover den enkelte sak. På bakgrunn av dette finner jeg det mest hensiktsmessig og oversiktlig å gjennomgå Høyesterettspraksis i kronologisk rekkefølge. To av dommene omhandler samværsnekt. Disse gjennomgås i et eget punkt 3.3. Etter gjennomgangen av henholdsvis Høyesterettspraksis og praksis fra EMD oppstilles en kort sammenfatning av funnene.

For Høyesterett er samværsspørsmålene i hovedsak subsidiære og blir først behandlet hvor omsorgsvedtakene ikke oppheves. Så langt det lar seg gjøre for fremstillingen vil spørsmålene omkring selve omsorgsovertakelsene ikke bli behandlet. I mange av dommene er det lagt vekt på sakkyndige utredninger og rapporter. De sakkyndige hjelper barnevernet og domstolene med å skape forståelse for de mange vanskelige problemstillingene og utfordringene en har i disse sakene.⁴⁵ I den grad Høyesterett velger å vektlegge de sakkyndiges anbefalinger, har de relevans som rettskilde for å begrunne de avgjørelsene Høyesterett kommer frem til.

⁴⁴ Trude Haugli, Samværsrett etter omsorgsovertakelse, side 47.

⁴⁵ Se Ofstad/ Skar, Barnevernloven med kommentarer, side 111.

3.2 Høyesterettspraksis

3.2.1 Rt. 1996.1684 – hver fjerde helg og feriesamvær

Denne saken omhandlet samvær til tre barn på 11, 13 og 15 år. Barna ble tatt under omsorg fem år tidligere på grunn av vold i hjemmet og mulige seksuelle overgrep. Høyesterett opprettholdt samværet slik det ble fastsatt av herredsretten til minimum *hver fjerde helg samt feriesamvær*, men gav derimot ingen nærmere begrunnelse for fastsettelsen annet enn at dette omfanget var i samsvar med de sakkyndige anbefalinger.

Dette er den første Høyesterett-avgjørelsen som ble avsagt etter at barnevernloven av 1992 avløste barnevernloven av 1953. Dette er også dommen hvor Høyesterett tar avstand fra barneloven som et utgangspunkt ved samværsfastsettelsen.⁴⁶ Førstvoterende uttaler på side 1694;

”Ved fastsettelse av samværets omfang i saker om omsorgsovertakelse kan de hensyn som gjør seg gjeldende til dels være andre enn i forbindelse med separasjon og skilsmisse. Den normalordning som følger av barneloven § 44 gir derfor ikke et utgangspunkt for fastsettelsen.”

Videre ble det på samme side uttalt;

”Dommen er ikke til hinder for at et mer omfattende samvær praktiseres i forståelse med barneverntjenesten.”

⁴⁶ Lindboe, Barnerett, 4. utgave

Her gir Høyesterett uttrykk for at retten fastsetter et såkalt minimumssamvær, men at det er opp til den enkelte barneverntjeneste å gjennomføre ytterligere samvær dersom den finner det forsvarlig. Dette er i samsvar med forarbeidene⁴⁷, se punkt 2.2.3.1 ovenfor.

Sammenfattet kan det ikke av denne dommen trekkes ut særlige rettslige momenter som har vært utslagsgivende for samværsrettens omfang. Det mest fremtredende er uttalelsen om at det kun er blitt fastsatt en minimumsrett som barneverntjenesten kan praktisere i et større omfang.

3.2.2 Rt.1997.534 – 3 ganger per år av seks timer

I denne saken var spørsmålet om to gutter på henholdsvis 11 og 9 år kunne adopteres av fosterforeldrene sine. Flertallet gav mor medhold i at barna ikke skulle adopteres av fosterforeldrene, og selv om omsorgen nok skulle være varig la flertallet avgjørende vekt på verdien av samvær med mor. Dersom adopsjon hadde blitt gjennomført, ville ethvert rettslig bånd mellom guttene og deres biologiske mor blitt brutt. Dommen ble avsagt under sterk dissens med 3 mot 2 stemmer, men det gjaldt kun adopsjonsspørsmålet.

Denne saken er i en særstilling siden det er tale om samtykke til adopsjon. Fosterforeldre kan få adoptere fosterbarn såfremt det kan antas at fosterhjems plasseringen vil bli varig og adopsjon er til barnets beste, jf. § 4-20 tredje ledd. Å være adoptert i motsetning til å være fosterbarn, vil skape en langt sterkere tilknytning mellom barn og adoptivforeldrene, både rettslig⁴⁸ og emosjonelt⁴⁹ ved at en adopsjon vil fjerne usikkerheten med hensyn til fremtidig tilhørighet. I denne saken var det lite sannsynlig at mor noen gang ville få guttene tilbakeført til seg, og hensynene talte med styrke for at fosterforeldrene skulle få adoptere guttene. Høyesterett lot likevel betydningen av samvær med mor veie tyngst. Dette ble begrunnet i prinsippet om barnets beste i § 4-1, ved at det vil være bedre for guttene å forbli

⁴⁷ Ot.prp. nr. 44 (1991-92) s. 112-113.

⁴⁸ Ot.prp. nr. 44 (1991-92) på side 52.

⁴⁹ Uttalt i Rt.1995.85.

i fosterhjemmet og fortsatt ha kontakt med mor, fremfor å være adoptert med de goder det ville medføre.

Både flertallet og mindretallet var enige om å anbefale lovgiver å vurdere en ny lovbestemmelse om at det også etter en adopsjon burde åpnes en adgang for samvær mellom barn og dets biologiske foreldre, jf. de to vota på henholdsvis s. 540 og 542. Forslaget ble ikke fulgt opp av Barne- og familiedepartementet.⁵⁰ Utfallet av saken og departementets begrunnelse for ikke å følge opp Høyesterett sin anmodning, viser at en rett til samvær mellom barn og biologiske foreldre veier tungt på vektskålen.

Selv om forholdene tilsa at det mest sannsynlig ikke kom til å skje en tilbakeføring av omsorg til mor, veide hensynet til samvær mellom guttene og mor tyngre enn hensynet til guttenes rettslige og emosjonelle tilknytning til fosterhjemmet. Dette henger nøye sammen med at det biologiske prinsipp veier tungt. Dette viser hvor sterkt dette prinsippet står ved samværsspørsmål. Det kan tenkes at det biologiske prinsipp gikk foran hensynet til barnets beste.

3.2.3 Rt.1998.787 – 3 ganger per år av 6 timers varighet

Denne saken omhandlet spørsmålet om fars rett til samvær med sin ti år gamle sønn. Gutten hadde vært under omsorg siden han var i underkant av tre år gammel, men det fremkommer ikke hvorfor han i sin tid ble tatt under det offentliges omsorg. Det hadde ikke vært samvær mellom far og sønn siden 1991, bortsett fra et møte i 1996. Siden 1992 hadde foreldrene blitt *nektet samvær* og fosterhjemmets adresse vært sperret. Foreldrene reiste sak om samværsrett i 1995, men de ble verken i fylkesnemnda, byretten eller lagmannsretten tilkjent samvær. Riktignok ble dommen i lagmannsretten avsagt under dissens. Mor opprettholdt ikke sin anke for Høyesterett, så saken omhandlet for Høyesterett kun spørsmål om retten til samvær mellom far og sønn. Både far og kommunen hadde gitt uttrykk for at det burde være samvær, så for Høyesterett var spørsmålet hvilket omfang

⁵⁰ Stortingsmelding nr. 40 (2001-02) kapittel 9.9.3, siste avsnitt.

samværet skulle ha. Det var opplyst for Høyesterett at omsorgsovertakelsen ble ansett for å være varig. Far og sønn fikk samvær *hver fjerde måned av seks timers varighet*.

Førstvoterende dommer Stang Lund begynner sin drøftelse med det rettslige utgangspunktet i barnevernloven § 4-19 om barn og foreldres rett til samvær med hverandre. Han uttaler videre at fylkesnemnda kan bestemme at det av hensyn til barnet ikke skal være samvær, jf. bestemmelsens annet ledd. Han sier så, på side 791;

”Lovens utgangspunkt medfører at en varig eller langsiktig omsorgsovertakelse ikke i seg selv er tilstrekkelig til å nekte samvær.”

Dette medfører at det ikke er en grunn i seg selv å nekte samvær hvor det kan påregnes at barnet aldri kommer til å bli tilbakeført til sine foreldre, eller hvor det forventes at omsorgsovertakelsen kommer til å være langvarig. Førstvoterende kommer med følgende betraktning om dette, på side 792;

”Hvis tilbakeføring ikke kan påregnes eller en tilbakeføring ligger langt fram i tid, tar samvær sikte på at barnet skal få kjennskap til sitt biologiske opphav med henblikk på en eventuell senere tilknytning når barnet vokser til. Hovedmålsetningen over tid må være at også mer begrenset samvær fungerer til barnets beste ut fra barnets følelser, interesser og behov.”

I motsetning til rettsbehandlingen i tidligere instanser, hadde de personlige forholdene endret seg for både far og sønn. De sakkyndige anbefalte samvær på bakgrunn av fars stabile situasjon i forhold til både jobb, bosted og sivilstand. Gutten på sin side hadde i fosterhjemmet utviklet seg til en aktiv gutt som endelig viste at han følte seg trygg. Det forelå også positiv medvirkning fra fosterforeldrenes side. Momenter som dette tilsier at samvær bør gis, om enn i begrenset omfang, på tross av at plasseringen anses for å være varig. Det er gitt at barn som varig eller langsiktig flyttes fra sin biologiske familie på et eller annet tidspunkt vil søke etter å finne sitt biologiske opphav. Å gi et minimum av

samvær vil være med å skape en kjennskap til røttene sine, samtidig som det skapes ro omkring vanskelige spørsmål. I denne saken var det fra begge sider enighet om at samvær bare skulle gjennomføres dersom gutten selv godtok dette. I forhold til denne bedømmelsen uttalte førstvoterende at også fosterforeldrene sitt syn kunne tas i betraktning, side 793;

”Ved fastsettelse av omfanget, er det etter min mening grunn til å legge vekt på fosterforeldrenes vurdering. Fosterforeldrene er Cs omsorgspersoner, og de står nærmest til å vurdere hva som er til hans beste. Den praktiske gjennomføringen av samværsretten er forutsatt overlatt til fosterforeldrene. ... I samsvar med As forutsetning om at samvær må være frivillig fra Cs side, kan det imidlertid ikke forventes at fosterforeldrene skal medvirke til gjennomføringen dersom Cs reaksjoner medfører at samvær ikke bør gjennomføres.”

Fosterforeldrene sitt syn bør i følge førstvoterende tillegges vekt ved bedømmelsen. Trude Haugli uttaler i sin bok basert på hennes doktoravhandling at dette ikke burde gjelde som en generell regel, men at fosterforeldrenes syn kan legges til grunn etter en konkret vurdering.⁵¹ Førstvoterendes uttalelse kan ses på som en vurdering av barnets beste, ved at det er fosterforeldre som er nærmest til å bedømme barnets reaksjoner. Likevel kan det som Haugli mener ikke settes som en generell regel at fosterforeldrenes syn skal legges til grunn. Det overordnet viktigste vil i alle tilfelle å vurdere hva som vil være barnets beste på domstidspunktet og i fremtiden. De fremtidige konsekvensene av det valgte alternativ må tas med i bedømmelsen.

I denne dommen ble det òg avvist at samvær etter barnevernlovens regler kan fastsettes med utgangspunkt i den normalordning som fulgte av barneloven § 44 a annet ledd, jf. dommen side 792, jf. Rt.1996.1684.

⁵¹ Haugli, Samværsrett i barnevernssaker, side 316-318.

Det er også i denne dommen understreket at samværet fastsatt av Høyesterett kun skal regnes som et minimumssamvær. I forståelse med barneverntjenesten kan det praktiseres et mer omfattende samvær, det er opp til barneverntjenesten fortløpende å vurdere om det er aktuelt å praktisere en mindre streng samværsordning enn fastsatt i fylkesnemnda sitt vedtak. Dette har barneverntjenesten adgang til så lenge det ikke strider mot de forutsetninger som er lagt til grunn i vedtaket. I denne saken ble riktignok samværets omfang i domsslutningen angitt på følgende måte, dommen side 794;

”A skal fra og med første helg i september 1998 ha samvær med C minst en dag hver fjerde måned etter barneverntjenestens nærmere bestemmelse. Samværet skal første gang være begrenset til fire timer og deretter seks timer.”

Her ble samværet ganske presist fastsatt. Det kunne ikke være rom for tvil om at barneverntjenesten ikke hadde adgang til å gjennomføre et mer omfattende samvær for det aller første samværet mellom far og sønn. Dette kan tenkes begrunnet i at far og sønn ikke hadde hatt kontakt på en god stund.

I denne dommen; prinsipiell uttalelse om at varig eller langsiktig omsorgsovertakelse i seg selv ikke er tilstrekkelig til å nekte samvær. Formålene med samværene diskuteres i stedet for formålet med restriksjonene. Samvær anses som viktig av hensyn til guttens beste, ved at det antas at gutten på et senere tidspunkt kommer til å etterspørre sitt biologiske opphav. Denne dommen står dermed også som et uttrykk for at retten til samvær står sterkt, og at det skal mye til for å nekte samvær, jf. fremstillingen ovenfor vedrørende Rt.1997.534.

Forhold ved gutten avgjørende, han fremstod som stabil og trygg. Videre uttales det at å nekte samvær krever sterke grunner. En langvarig omsorgsovertakelse kan ikke avskjære den grunnleggende samværsretten.

3.2.4 Rt.1998.1420

I denne saken opphevet Høyesterett lagmannsrettens dom og hjemviste saken til fortsatt behandling i lagmannsretten vedrørende spørsmålet om samværets omfang. Bakgrunnen for dette var at Høyesterett fant lagmannsretten sin avgjørelse å være noe uklar fordi lagmannsretten begrenset seg til kun å fastsette at det skulle være *samvær*, men fastsatte ikke samværets omfang konkret. Høyesteretts kjæremålsutvalg uttalte, side 1424;

”Lagmannsrettens fastsettelse av samværsretten gjør det imidlertid etter min mening uklart om retten har bygd på en riktig rettsanvendelse.”

Med dette sier kjæremålsutvalget at det er opp til retten å fastsette samværets omfang. Videre er det ikke noe i veien for at samværet under visse forutsetninger utvides så lenge barneverntjenesten forholder seg til det minimumssamvær retten har bestemt i den enkelte sak. Det krever i så fall at retten har fastsatt et minimumssamvær. Like fullt kan ikke barneverntjenesten gis myndighet til å redusere det omfang retten har fastsatt, selv om de konkrete omstendigheter i den enkelte sak burde tilsi det. Om dette uttaler Kjæremålsutvalget, side 1424;

”At retten eventuelt anbefaler en utvidelse av samværet under visse forutsetninger, er det heller ikke noe i veien for. Derimot kan retten ikke åpne adgang for barneverntjenesten til å redusere det samværsomfang retten ut fra sin vurdering av situasjonen har ansett som det beste, dersom barneverntjenesten skulle finne at samværet fikk uheldige konsekvenser. I en slik situasjon tilsier rettssikkerhetshensyn at samværsordningen må tas opp på ny for fylkesnemnda.”

Kjæremålsutvalget uttaler videre, side 1425;

”Det er en feil ved lagmannsrettens dom at det i domsslutningen ikke gis uttrykk for samværsretten. ... Hensett til den uklarhet som hefter ved lagmannsrettens

premisser, er fraværet av en slik fastsettelse av omfanget for samværsretten i domsslutningen i dette tilfelle særlig følbart.”

Dette innebærer at det hefter feil ved de avgjørelser hvor samværets omfang ikke inntas i domsslutningen. Denne kjennelsen sier uttrykkelig at retten skal ta stilling til hyppigheten og varigheten av samværet, men at det kan overlates til barneverntjenesten å utforme det nærmere innhold av samværet.

Avslutningsvis belyser denne kjennelsen hva som hører under henholdsvis domstolene og barneverntjenesten ved reguleringen av samværet. Minimumssamværet skal fastsettes av retten, og dette fastsatte minimumet utgjør en skranke for barneverntjenestens myndighetsutøvelse. Det er med utgangspunkt i denne skranken barneverntjenesten overlates til å praktisere et samvær som til enhver tid vurderes til barnets beste.⁵² Imidlertid er kjennelsen ikke relevant for å besvare oppgavens problemstilling. Den gav ingen konkrete retningslinjer for hvordan samværets omfang skal fastsettes. Likevel er den viktig ved at den uttaler at retten har et ansvar for å fastsette et konkret samvær.

3.2.5 Rt.2001.14 – 4 ganger per år av 3 timers varighet

I denne dommen fikk mor under dissens medhold i at det ikke skulle iverksettes adopsjon, og hun fikk samvær fire ganger i året av tre timers varighet. Dissensen omhandlet spørsmålet om adopsjon, og ikke mors samvær med barna..

Av fylkesnemnda ble samværsretten for de tre søsknene fastsatt til *to timer to ganger i året*. Dette omfanget ble stadfestet av herredsretten og lagmannsretten. Høyesterett utvidet samværsretten til *fire ganger per år av tre timers varighet*. Dette ble begrunnet i barns rett til å bli kjent med sine foreldre, og denne retten mente førstvoterende vanskelig kunne oppnås ved kun ett besøk per halvår begrenset til to timers varighet. Han bemerket at de sakkyndige ikke behandlet spørsmålet om samværsrett inngående; de anbefaler uten

⁵² Ofstad/ Skar, Barnevernloven med kommentarer, side 152-153.

nærmere begrunnelse at samværet skal holdes på dagens nivå, men med en mulig utvidelse i antall timer og ikke i antall ganger. Dommeren uttalte, på side 24;

”Etter mitt syn skal det særlige grunner til for å begrense samværsretten så sterkt. Jeg peker i den forbindelse på at også denne retten er vernet av EMK. Det må etter domstolens praksis være klart at slike innskrenkninger krever sterke grunner.”

Det må være klart at desto mer retten til samvær begrenses, dess sterkere må grunnene være. Denne dommen er også retningsgivende ved at den fremhever vernet etter EMK som sier at innskrenkninger i samværsretten krever sterke grunner. Høyesterett kom frem til at det ikke forelå slike sterke grunner i denne saken, men vernet etter EMK ble ikke nærmere begrunnet.

3.2.6 Rt.2002.875 – hver fjerde helg

Også i denne saken ble mors samvær utvidet i forhold til fylkesnemndas vedtak. Mor fikk samvær *12 helger i året* til en jente på fem år som ble tatt under omsorg da hun var 2 ½ år gammel. Lagmannsretten fastsatte samvær til *fire timer hver fjerde uke*. Høyesterett utvidet dette til *en hel dag hver fjerde uke*, med en opptrapping til *hver fjerde helg* etter omtrent ett halvt år. Førstvoterende uttalte at samværene kan utvides til også å gjelde feriesamvær dersom helgesamværene fungerer godt. I forhold til barneverntjenestens myndighet, uttalte førstvoterende, på side 886;

”Barneverntjenesten har en kontrollfunksjon, og samværsordningen må følges opp. Dersom den ikke fungerer tilfredsstillende, vil det være opp til barneverntjenesten å sørge for de endringer som anses nødvendige. På den annen side, dersom barneverntjenesten skulle finne at det er grunnlag for et mer omfattende samvær enn det jeg i dag anser passende, kan samværet utvides.”

Når det uttales at ”*det vil være opp til barneverntjenesten å sørge for de endringer som anses nødvendige*”, kan det ikke bety annet enn at det er opp til barneverntjenesten å sørge for de tilpasninger som er nødvendige for at samværene skal kunne gjennomføres smertefritt. Denne uttalelsen kan på ingen måte tolkes som at barneverntjenesten er gitt en myndighet til å gjøre innskrenkninger i samværene. En innskrenkning i samværene krever som nevnt under punkt 2.2.3.1 et nytt vedtak av fylkesnemnda. Barneverntjenesten står derimot fritt til å utvide samværet. Dette uttales også av førstvoterende, jf. sitatet ovenfor.

Dette var imidlertid en spesiell sak fordi Høyesterett fant mors omsorgsevne tilfredsstillende på domstidspunktet, og også på den tiden barnet i sin tid ble tatt under omsorg. Jenta ble likevel ikke tilbakeført på grunn av for sterk tilknytning til fosterforeldrene sine. Det er hjemlet i barnevernloven § 4-21 første ledd annet punktum at et vedtak om omsorgsovertakelse ikke skal oppheves dersom det foreligger alvorlige tilbakeføringsproblemer, som for eksempel barnets tilknytning til mennesker og miljø der det er. Det omfattende samværet Høyesterett fastsatte kan tolkes som et ”plaster på såret” siden vilkårene for å opprettholde omsorgsvedtaket ikke lenger forelå.

Denne dommen står som eksempel på hvilken betydning samværsordningene har. Det hadde tidligere vært samvær, men ikke med en slik hyppighet at forholdet mellom mor og datter ble opprettholdt. Mors omsorgsevne ble regnet som god. Datteren ble ikke tilbakeført på grunn av tilknytning, og Høyesterett gav utvidet samvær for å kompensere for dette.

3.2.7 Rt.2003.425 – 4 helger per år, hvorav 6 timer hver av dagene

Denne saken gjaldt en mors rett til samvær med sitt snart 5 år gamle jentebarn. Jenta ble tatt under omsorg da hun var to og et halvt år gammel på grunn av mors amfetaminmisbruk og fysisk vanskjøtsel som en følge av dette, herunder opplevelsen av bruk av vold i hjemmet. I fylkesnemnda ble samværsretten fastsatt til *månedlige samvær*, men samværshyppigheten i herredsretten ble redusert til *fire ganger i året av fire timer*, mens lagmannsretten utvidet noe til *fire ganger i året av seks timer*. Høyesterett utvidet

samværsretten fastsatt av underrettene, fra fire dager i året til *fire helger i året av seks timer hver av dagene*.

Ved fastsettelsen av samværets omfang uttaler førstvoterende dommer Oftedal Broch uttaler at det må tas hensyn til jenta selv, hennes situasjon på domstidspunktet og den utviklingen hun har vært gjennom. Dette var momentene vurderingen av hensynet til barnets beste skulle ta utgangspunkt i. Dommer Oftedal Broch uttaler videre at også hensynet til hennes biologiske foreldre spiller inn, og at den praktiske gjennomføringen av samværsordningen må tas i betraktning. Disse forholdene er blitt belyst av to sakkyndige psykologer som på ulike tidspunkt var oppnevnt i saken. Det er inntatt lange utdrag av de sakkyndiges rapporter i førstvoterendes votum. Jenta ble beskrevet som meget utrygg etter omsorgsovertakelsen, med behov for å ha trygge og oversiktlige rammer rundt seg. Av sakens faktiske grunnlag fremgikk at hun var blitt hjelpetrengende på grunn av omsorgssvikten og vanskjøtsel over svært lang tid. Hun fikk blant annet ikke dekt sitt behov til tannbehandling. Dette medførte tannskader som nødvendiggjorde spesialtilpasset mat, og trekking av tenner som ville få konsekvenser for talespråket hennes, jf den sakkyndiges rapport inntatt i dommens avsnitt 40. Til tross for dette skal jenta ha utviklet seg i positiv retning i fosterhjemmet og viktigheten av at hun opplevde oppholdet hos fosterforeldrene som trygt og stabilt ble vektlagt. I forhold til samværsspørsmålet vektlegger førstvoterende den sakkyndiges redegjørelse for jentas behov for stabilitet og oversiktighet i sin hverdag, og at hun fortsatt bærer i seg en forhøyet sårbarhet for utviklingsforstyrrelser. Det ble anbefalt av den sakkyndige at mors samvær ble utvidet til å gå over to dager, men at antallet forble fire ganger i året. Dommer Oftedal Broch uttaler i avsnitt 47;

”Jeg er enig med den sakkyndige i at samværsretten bør utvides, og jeg ser ikke grunnlag for at Høyesterett skal fravike det faglige skjønn den sakkyndige har utøvet.”

Høyesterett la den sakkyndiges redegjørelse og syn på samværet til grunn for sin vurdering. Jenta hadde gjennomgått en positiv utvikling etter omsorgsovertakelsen, og det var viktig å opprettholde denne utviklingen også i tiden fremover. Videre hadde det vært et velfungerende samarbeid mellom fosterforeldrene og de biologiske foreldrene, noe som ble tatt med i vurderingen. Høyesterett presiserte også her at det fastsatte samværet var en minimumsrett.

Videre ble barneverntjenesten gitt adgang til å føre tilsyn under samværene grunnet mors tidligere rusmisbruk. Det var ikke behov for tilsyn på domstidspunktet. Adgangen ble gitt med grunnlag i at det er en risiko for tilbakefall for tidligere rusmisbrukere.

Det er også i denne dommen vist til EMK ved fastsettelsen av samværet, og praksis fra EMD hvor gjenforeningsformålet står sterkt. Førstvoterende viser til Adele Johnsen-saken hvor det må skapes en balanse mellom barnets interesse i å forbli i offentlig omsorg og foreldrenes interesse i å bli gjenforent med barnet. Dette er henvisning til at foreldrenes interesse kan ha betydning.⁵³ EMD gir derimot uttrykk for at det særlig skal tas hensyn til barnets beste ved denne avveiningen mellom barnets og foreldrenes interesser. Dette kan gjøre at foreldrenes interesse likevel må settes til side.

Her viser førstvoterende at det kan være en forholdsmessighetsvurdering mellom barnets og foreldrenes interesser. Her blir likevel hensynet til barnets beste utslagsgivende på grunn av de faktiske forhold omkring jentas situasjon.

3.2.8 Rt.2004.1683 – Hver fjerde uke, med overnatting

Denne saken gjaldt overprøving av fylkesnemndas vedtak om å overta omsorgen for en jente på 7 ½ år. Hun ble tatt under omsorg da hun var omtrent fire år gammel på grunn av forsinket utvikling og ernæringsproblemer som et resultat av forholdene hun levde under. Fylkesnemnda fastsatte samværet til *én gang hver sjette uke*, noe som ble fulgt opp av

⁵³ Sandberg, Nytt i privatretten, nr. 3, 2003, side 15.

tingretten. Etter lagmannsrettens dom, hvor det ble bestemt at omsorgen for jenta skulle tilbakeføres til foreldrene, ble det praktisert en samværsordning med *ett helgesamvær hver fjerde uke med overnatting*. Høyesterett videreførte denne samværsordningen. Dette var i samsvar med kommunen sin anførsel.

I denne dommen ble samværet fastsatt uten særlig begrunnelse. Det kan virke om det hadde vært gitt lite begrunnelser for fastsettelsen av samvær i alle rettsinstansene. Jeg siterer fra førstvoterendes fremheving av hvordan fylkesnemnda fastsatte samværet, i avsnitt 59;

”Nemnda ’tenkte seg’ at ’det normalt vil bli tale om ettermiddagsbesøk, i noen tilfelle dagsbesøk av lengre varighet dersom konkrete grunner for det foreligger’.”

Fylkesnemnda fastsatte samværet til en gang hver sjetten uke. Jeg siterer videre fra samme avsnitt;

”Tingretten ’fant ikke noe grunnlag for å gjøre noen endring’ av samværsretten i forhold til fylkesnemndas vedtak.”

Dette kan ses på som det ikke foreligger noen særskilt begrunnelse bak rettens fastsettelse av samværet. Høyesterett kom til at det ikke burde fastsettes et hyppigere helgesamvær enn det som på domstidspunktet allerede ble praktisert. Det ble begrunnet med hensynet til stabilitet og kontinuitet for barnet i omsorgssituasjonen at samværene ikke burde være for hyppige, noe som ble anbefalt av den sakkyndige. Videre ble det også i denne avgjørelsen fremhevet av Høyesterett at det fastsatte samværet var et minimumssamvær.

Domsgrunnene er også her mangelfulle. De avgjørende momentene refererer seg til forhold ved jenta ved at hun burde ha en opplevelse av stabilitet og kontinuitet i omsorgssituasjonen. Her er dermed hensynet til barnets beste det avgjørende.

3.2.9 Rt.2005.624 – 6 ganger per år av 6 timers varighet

Denne saken gjaldt retten til samvær for ei jente som på domstidspunktet var 13 ½ år gammel. Mor ble fratatt omsorgen for jenta da hun var knapt elleve år. Jenta var funksjonshemmet og trengte derfor ekstra støtte i hverdagen som fysikalske behandlinger og ekstra hjelp på skolen. Mor hadde vist liten samarbeidsvilje overfor både jentas skole og det øvrige støtteapparatet. Det ble antatt at mors handlingsmønster kunne ha negativ innvirkning på datterens forhold til de omsorgspersonene som i utgangspunktet skulle være til hennes hjelp. Dette var noe av bakgrunnen for at det ble fattet vedtak om omsorgsovertakelse. Samværet ble av Høyesterett fastsatt til *seks ganger i året av seks timer*, med adgang for barneverntjenesten til å sette *tilsyn* under samværene, men det ble heller ikke i denne avgjørelsen gitt noen særlig begrunnelse for fastsettelsen

I denne saken ble det i tillegg bestemt at barneverntjenesten kunne gjennomføre samværene under tilsyn dersom behovet skulle melde seg. Som nevnt innledningsvis til denne saken, hadde mor vist liten samarbeidsvilje tidligere. Tingretten hadde bestemt at det kunne føres tilsyn under samværene. Høyesterett stadfestet dette uten heller her å foreta en nærmere begrunnelse for denne adgangen. Å fastsette samvær med tilsyn er et kontrolltiltak som må være begrunnet i å avverge fare for eller skade på barnet, herunder også psykiske påvirkninger. Det er i så fall det sistnevnte alternativet som måtte ha vært utslagsgivende i denne saken. Ut fra faktum i saken er det likevel vanskelig å avgjøre hvorfor Høyesterett fastsatte en adgang til å gjennomføre samværene under tilsyn. Det kan derfor anses som en noe lettvinnt løsning at førstvoterende på dette punkt stadfester tingrettens dom uten å foreta en nærmere drøftelse eller begrunnelse av bakgrunnen for å fastsette tilsyn. Riktignok uttaler han at tingrettens dom stadfestes under tvil. Imidlertid kan tvil neppe sies å være en god nok grunn til ikke å begrunne fastsettelsen av samvær og adgangen til å føre tilsyn.

Faktiske omstendigheter ved mor og hennes personlige forhold var utslagsgivende, og til en viss grad jentas sykdom. Grunnlaget for omsorgsovertakelse er dermed videreført ved fastsettelsen av samværets omfang.

3.2.10 Rt.2006.247 – 3 ganger per måned, hvorav ett overnattingssamvær

Denne saken omhandlet spørsmålet om fastsettelsen av samværets omfang mellom en mor og hennes snart 14 år gamle sønn. For Høyesterett var det ikke bestridt at mor hadde rett til samvær med sønnen, og forhandlingen omhandlet dermed kun hvilket omfang samværet skulle ha. Gutten ble tatt under omsorg da han var 11 år gammel, men han hadde da allerede bodd ett års tid hos sin morfar. Bakgrunnen for omsorgsovertakelsen i sin tid, var mors deltagelse i et miljø preget av vold og kriminalitet, og som for hennes del var begynnelsen på misbruk av amfetamin. Mor ble straffedømt en rekke ganger for oppbevaring og bruk av amfetamin, men hun ble også dømt for ett alvorlig tilfelle av trusler og vold mot politiet. Hun måtte blant annet sone en fengselsstraff. På dette tidspunktet hadde barneverntjenesten allerede tatt over omsorgen for gutten. Høyesterett stadfestet tingrettens dom om samværets omfang hvor det ble fastsatt *tre samvær i måneden*, hvorav én helg fra fredag til søndag med overnatting, og to ettermiddager av tre timers varighet hver. Det ble gitt adgang for barneverntjenesten å bestemme om samværene skulle gjennomføres under *tilsyn*. Bakgrunnen for dette var mors amfetaminmisbruk, og fordi hun gikk til behandling for manisk depressiv lidelse. På bakgrunn av dette fant Høyesterett at det var lite trolig at tiden var inne for overnattingssamvær uten tilsyn. Det var fortsatt usikkert om mor hadde kommet langt nok i rehabiliteringen av sin psykiske lidelse og misbruket av amfetamin til at samværene skulle gjennomføres uten andre tilstede.

Den konkrete vurderingen for Høyesterett i denne saken omhandlet hvorvidt det var mulighet for at gutten kunne tilbakeføres til sin mor ”innen rimelig tid”. Det ble her ikke nærmere redegjort for hva som ligger i dette uttrykket. Det må være en sammenheng mellom plasseringens varighet og samværets omfang. Førstvoterende dommer Tjomsland fortok en redegjørelse omkring mors personlige forhold. Han uttaler at de faktiske forholdene må ses i sammenheng med en hennes manisk depressive lidelse. Mors fastlege skal i sin forklaring ha uttalt at hun vil ha behov for medisiner i lang tid. Dersom tanken er at gutten ikke skal tilbakeføres til mor under oppfølgingen og mens medisineren foregår, kan dette tidsperspektivet neppe sies å ligge innenfor betegnelsen ”innen rimelig

tid”. Dommer Tjomsland uttaler at han finner det temmelig klart at en tilbakeføring ikke vil være aktuell i rimelig nær fremtid. Han uttaler videre, i avsnitt 34;

”Men selv om tilbakeføring av omsorgen på kort sikt ikke fremstår som en nærliggende mulighet, bør det i dette tilfellet være et forholdsvis omfattende samvær mellom mor og sønn, slik begge de tidligere instanser – om enn i ulik grad – har fastsatt. Jeg viser til at B er en 13 år gammel velfungerende gutt, og at mor og sønn hele tiden har hatt et nært og godt forhold. B ønsker et omfattende samvær med moren, som han også føler stor lojalitet overfor, og den samværsordningen som frem til nå har vært praktisert, har fungert på en god måte.”

Her uttalte Høyesterett at det i denne saken burde gis mye samvær på tross av at tilbakeføring ikke kom til å skje innen rimelig tid. Guttens alder og forholdet mellom mor og sønn var dermed momenter som ble trukket inn i den konkrete vurderingen. Det kan også tenkes at mor ble belønnet med mye samvær for sitt samarbeid med barneverntjenesten, og for at det var hun selv som tok initiativ til å plassere gutten hos hans morfar. Dette viste at mor tidlig tok ansvar da problemene hopet seg opp, og at hun muligens forebygget skader på gutten ved å fjerne han fra et miljø hun forstod ville medføre fare og problemer for hans videre utvikling og trygghet. Videre stadfestet Høyesterett det omfattende samværet på bakgrunn av at samværsordningen tidligere hadde vist seg å fungere på en god måte, men likevel at et mer omfattende samvær ville kunne virke forstyrrende på gutten og hans stabilitet i fosterfamilien. Dette stod nok i forhold til omstendighetene omkring guttens mor med hennes sykdom og de uavklarte rettslige forholdene med hensyn til siktelsen, og var for Høyesterett en vurdering av hensynet til barnets beste i barnevernloven § 4-1. Jeg kan ikke se at Høyesterett foretok en annen konkret vurdering i forhold til hensynet til barnets beste.

Selv om Høyesterett uttalte at det ikke kunne fastsettes mer samvær enn fastsatt i tingrettens dom, fastslo førstvoterende like fullt at samværet Høyesterett satte kun skulle

regnes som et minimumssamvær og at barneverntjenesten kunne samtykke i et mer omfattende samvær om forholdene skulle ligge til rette for det.

Det ble også i denne saken vurdert tilsyn. Tingretten fastsatte et stikkprøvetilsyn, men Høyesterett derimot fastsatte en vanlig tilsynsmyndighet ved at det skulle være opp til barneverntjenesten å bestemme hvorvidt det skulle være tilsyn under samværene. Fastsettelsen av tilsyn baserte seg på de usikre omstendighetene rundt mor, hennes sykdom og rehabiliteringen. Førstvoterende uttalte at han fant det klart at samværene burde skje under tilsyn og viste i den forbindelse til avgjørelse inntatt i Rt.2003.425, hvor det ble gitt adgang til tilsyn på bakgrunn av at mor tidligere hadde vært rusmisbruker. Det ble i den dommen fremhevet at mors tidligere rusmisbruk ikke medførte problemer på domstidspunktet, men at forelå det en risiko for tilbakefall som var tilstrekkelig til at Høyesterett i denne saken fant det best å beslutte en adgang for tilsyn i fall situasjonen skulle forandre seg. Det forelå dermed usikre omstendigheter omkring mor som var tilstrekkelig til å beslutte en tilsynsadgang. Det samme må antas å være tilfellet i nærværende dom. Høyesterett fant det vanskelig å begrunne at barneverntjenesten skulle gis en mer begrenset tilsynsmyndighet enn vanlig og fastsatte i sin dom at barneverntjenesten kunne bestemme om det skulle føres tilsyn under samværene.⁵⁴

Førstvoterende tar også opp spørsmålet om samværets omfang i forhold til barnelovens regler om samvær. Førstvoterende slår imidlertid fort fast at samvær etter de to lovene ikke er forenlige som hverandres utgangspunkt, og han viser også til avgjørelsene i Rt.1996.1684 og Rt.1998.787.

Her er det i hovedsak mors forhold som er utslagsgivende for det samvær som fastsettes. Rusmisbruket medførte en viss usikkerhet, men det fremholdes at de faktiske forholdene tilsa et omfattende samvær blant annet ved at mor og sønn hadde et godt forhold. Videre

⁵⁴ Dommen, avsnitt 39

fremheves det at fastsettelsen av samværets omfang beror på hvilken type plassering det gjelder.

3.2.11 Rt.2006.1308 – 12 ganger per år, med overnatting

Denne saken omhandlet en jente på snart 15 år som ble tatt under omsorg da hun var 12 ½ år gammel. Det ble vedtatt omsorgsovertakelse på bakgrunn av mors fysiske og psykiske mishandling av datteren. Jenta utviklet problemer i sosiale relasjoner, hun hadde en trang til å kontrollere, og hun hadde et enormt sinne som førte til mange konflikter.⁵⁵ Høyesterett stadfestet lagmannsrettens dom som fastsatte samværet til *hver fjerde uke fra lørdag formiddag til søndag ettermiddag*. Barneverntjenesten ble gitt adgang til å sette inn *tilsyn* under samværene.

Hovedspørsmålet for Høyesterett omhandlet hvorvidt det var alvorlige mangler ved mors omsorgsevne. Førstvoterende dommer Gussgard kom etter en lang og konkret vurdering frem til at jenta fortsatt burde være under det offentliges omsorg. Derimot ble spørsmål om retten til samvær gitt meget liten plass i vurderingen. Førstvoterende foretok ingen nærmere drøftelse av samværsretten annet enn å stadfeste det omfang lagmannsretten hadde fastsatt. Dommer Gussgard fremhevet riktignok at det hadde vært en omfattende telefonkontakt mellom mor og datter, opptil to ganger daglig. Hun uttalte videre at det burde skje en begrensning i denne telefonkontakten på bakgrunn av det omfattende samværet som ble gitt, jf. dommen avsnitt 67. Det kan spørres hvorvidt retten kan pålegge en slik restriksjon ved å uttale at det må skje en begrensning i telefonkontakten. Det er omfanget av det fysiske samværet retten skal fastsette, jf. § 4-19 første ledd jf. NOU 1985:18 side 168 og gjennomgangen under punkt 2.2.2 ovenfor. I alle tilfelle må uttalelsen tolkes å være et syn på at samvær 12 ganger i året, med overnatting, ligger i det øvre sjiktet for samværsrettens omfang. På denne bakgrunn ble det nok ikke bestemt at det fastsatte samværet utgjorde en minimumsrett.

⁵⁵ Dommen, særlig avsnittene 34 og 52.

Det spesielle med denne saken er barnets høye alder, både på tidspunktet for omsorgsovertakelsen og saksgangen for Høyesterett. I følge barnevernloven § 6-3 skal barnet etter fylte 7 år gis en rett til å uttale seg før det tas standpunkt til spørsmålet om omsorgsovertakelse. Barnets mening skal tillegges vekt etter dets alder og modenhet, jf. bestemmelsens første ledd annet punktum. Dette er også i overensstemmelse med FNs barnekonvensjon artikkel 12.⁵⁶ I denne saken ville jenta, i følge den sakkyndiges rapport, flytte hjem til mor. Om dette uttaler førstvoterende, i dommen avsnitt 60;

”D blir 15 år 28. november i år, og en ungdom som henne har krav på å bli lyttet til og tatt alvorlig. Etter min mening må det legges stor vekt på hennes oppfatning, men avgjørende alene kan den ikke være. Hennes mening må holdes opp mot en vurdering av den risiko hun utsettes for ved at omsorgen for henne overlates til mor.”

Førstvoterende la til grunn den sakkyndiges uttalelse om at det for jenta forelå en høy grad av lojalitet overfor mor. Dette ble ansett som normalt tatt i betraktning jentas alder alene, og jentas alder på tidspunktet for omsorgsovertakelsen. Risikoen ved tilbakeføring av omsorgen til mor veide likevel tyngre enn datterens mening. I denne saken ble samværets omfang satt til 12 ganger i året med overnatting. Til sammenligning med de andre dommene i denne fremstillingen, kan dette sies å utgjøre et omfattende samvær. Det kan tenkes at datteren ble belønnet med mye samvær både på bakgrunn av hennes uttalte ønske om å flytte tilbake til mor og hennes høye alder. Dette lar seg likevel vanskelig slå fast på grunn av manglende drøftelse av førstvoterende. I hovedsak var mors personlige forhold utslagsgivende, men jentas høye alder og uttalte ønske om å komme tilbake til mor, ble vektlagt ved samværsfastsettelsen.

⁵⁶ Ofstad/ Skar, Barnevernloven med kommentarer, side 272.

3.2.12 Rt.2006.1672 – 12 ganger per år av 6 timer

Denne saken omhandlet samværsretten til en gutt på 9 år som ble tatt under det offentliges omsorg da han var 7 ½ år gammel. Gutten hadde blitt utsatt for omsorgssvikt gjennom foreldrenes manglende omsorgsevne. Han hadde et udekket behov i forhold til stimulans, skjøtsel og kontakt både i relasjon til andre mennesker og sine egne følelser. Foreldrene flyttet fra hverandre omtrent et halvt år før fylkesnemnda fattet sitt vedtak om omsorgsovertakelse og samværsrett. Plasseringen i fosterhjemmet ble antatt å være langvarig. Av fylkesnemnda ble begge foreldrene gitt en rett til samvær 6 ganger per år av 6 timers varighet, til sammen *12 samvær i året* for gutten. Tingretten stadfestet fylkesnemndas vedtak, mens det i lagmannsretten under sterk dissens (4-3) ble avsagt dom om å oppheve omsorgsvedtaket. Dissensen omhandlet foreldrenes omsorgsevne og ikke retten til samvær. Høyesterett på sin side stadfestet tingrettens dom. Denne avgjørelsen er per 24.4.2007 den siste avsagte dommen av Høyesterett angående spørsmål om retten til samvær.

Det var ikke omtvistet at foreldrene hadde en rett til samvær. Hovedspørsmålet var om foreldrene skulle gis lik rett til samvær, og hvor omfattende samværet skulle være. Førstvoterende dommer Skoghøy startet sin vurdering med hovedregelen i barnevernloven § 4-19 første ledd, og hjemmelen for fastsettelsen av samværets omfang i bestemmelsens annet ledd. I det følgende foretok han ingen selvstendig vurdering av sakens faktiske opplysninger. De faktiske vurderingene for fylkesnemnda ble imidlertid bekreftet av den sakkyndige til å gjelde på domstidspunktet, og førstvoterende fastsatte samværet med grunnlag i den rapporten. Han uttaler, i dommen avsnitt 57;

"Jeg er på denne bakgrunn kommet til at det slik situasjonen i dag er, ikke er tilstrekkelig grunnlag for å endre den samværsrett som fylkesnemnda har fastsatt."

I denne saken ble det derimot fremhevet av den sakkyndige at det samlede samværet for gutten ble antatt å være en øvre grense for samværets omfang. Dette er det motsatte av hva som har vært vanlig i de øvrige dommene hvor det som regel ble fastsatt et

minimumssamvær. Selv om den sakkyndige fant at samværet på domstidspunktet burde utgjøre et maksimalsamvær, ble det fremhevet at det kunne bli aktuelt med overnattingssamvær med guttens mor på grunn av lang reiseavstand. Det ble i så fall opp til barneverntjenesten å vurdere og å gjennomføre dette. Førstvoterende uttalte videre at det ville være opp til barneverntjenesten å følge utviklingen i forhold til å øke samværet også for far. Fylkesnemnda hadde fastsatt omfanget av samværsretten med utgangspunkt i at omsorgsovertakelsen skulle være langvarig. Dette ble ikke nærmere vurdert av førstvoterende, men det må likevel antas at han legger dette til grunn ved å stadfestete samværet fastsatt av fylkesnemnda.

Jeg kan ikke se at førstvoterende foretar selvstendige vurderinger ved fastsettelsen av samvær. Denne avgjørelsen står som nok et eksempel på at Høyesteretts begrunnelse er mangelfull. På bakgrunn av de faktiske opplysninger i dommen må det antas det var forhold ved gutten som ble utslagsgivende for samværet som ble gitt. Videre må 12 samvær i året ligge i det øvre sjiktet sammenlignet med de foregående dommene, særlig med tanke på at plasseringen i denne saken i utgangspunktet skulle være langvarig. Dette kan begrunnes i det biologiske prinsipp, tatt i betraktning samværets hyppighet og den antatt langvarige plasseringen. Eller det kan være et utslag av de avgjørelsene som i mellomtiden er blitt avsagt av EMD, hvor et mer omfattende samvær legges til grunn. Mer om EMD nedenfor. Dette blir kun spekulasjoner siden samværets omfang ikke er nærmere begrunnet.

3.3 Samværsnekt

Hjemmelen for å nekte samvær er § 4-19 annet ledd og ble gjennomgått ovenfor under punkt 2.2.3.2. Vilåårene for å nekte samvær kan sammenfattes i at det skal mye til å nekte samvær mellom barn og foreldre, siden barnevernlovens primære utgangspunkt er at barn og foreldre har en rett til samvær med hverandre. De to gjenværende dommene gjennomgås i det følgende i kronologisk rekkefølge.

3.3.1 Rt.2002.908

Saken gjaldt for Høyesterett spørsmål om å nekte samvær mellom en mor og hennes datter. Jenta ble tatt under omsorg da hun var 14 måneder gammel. På domstidspunktet var hun blitt seks år. Mor ble tilkjent *samvær* i byretten og av lagmannsrettens mindretall. Høyesterett kom til at det forelå spesielle og sterke grunner for at det *ikke* skulle være *samvær*.

Førstvoterende dommer Coward begynte sin vurdering med det rettslige utgangspunktet i barnevernloven § 4-19 annet ledd første punktum hvor det kan bestemmes at det ikke skal være samvær. Den rettslige vurderingen sier hun skal foretas på følgende måte, side 912;

”Dette skjer etter en bred skjønnsmessig vurdering, der fylkesnemnda og domstolene må ta i betraktning det generelle utgangspunktet i barnevernloven § 4-1 – at det ved avgjørelser etter lovens kapittel 4 skal legges avgjørende vekt på å finne tiltak som er til beste for barnet. Skjønnnet må videre utøves under hensyn til artikkel 8 i Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen (EMK) om respekt for familieliv og Den europeiske menneskerettighetsdomstolens praksis i tilknytning til denne bestemmelsen.”

For å nekte samvær må det dermed foretas en bred skjønnsmessig vurdering, og de strenge vilkårene i barnevernloven § 4-19 annet ledd jf. EMK artikkel 8 må være oppfylte. Det uttales at dette har vært utgangspunktet for norsk Høyesterettspraksis etter Adele Johnsen-saken. Dommer Coward uttaler videre, på side 913;

”Uansett legger jeg til grunn ... at det kreves spesielle og sterke grunner for at hun skal fratas retten til samvær.”

Gjenværende del av domspremissene omhandler hovedsaklig drøftelser om hvorvidt det foreligger slike spesielle og sterke grunner til å nekte mor samvær med datteren. Den sakkyndige uttalte at mor har tvangstrekk, at hun kan være selvdestruktiv og ha paranoide

trekk i pressede situasjoner, og kan lide av en avhengig personlighetsforstyrrelse. Om dette uttaler førstvoterende, på side 913;

”For vår sak ser jeg det ikke som avgjørende hvilken diagnose som er den riktige; spørsmålet er hvilken virkning morens psykiske problemer har hatt og kan få for B.”

Med andre ord må førstvoterende mene at mor kan gis samvær på tross av sine psykiske lidelser, dersom hennes lidelser ikke vil ha innvirkning på datteren. Det avgjørende ble dermed å foreta en vurdering av om det allerede forelå en skade på datteren som var et resultat av at hun tilbrakte sine første 14 måneder hos mor, eventuelt om det på domstidspunktet var mulig å se forbi mors lidelser og gjennomføre samvær i fremtiden. Førstvoterende vurderte samvær ut fra det omfang som ble fastsatt av byretten og av lagmannsrettens mindretall. Hun uttaler følgende, på dommens side 914;

”Spørsmålet er om selv et så begrenset samvær med moren vil utsette B for en risiko for skade som ikke kan aksepteres. Viktig i denne vurderingen er Bs spesielle sårbarhet sett i sammenheng med morens atferd under de samværene som er gjennomført.”

Det var kjent for Høyesterett at samværene skulle ha fungert dårlig, ved at mor oppførte seg og fremmet utsagn som gjorde datteren urolig. Mor var også avvisende overfor datteren, og hun hadde generelt liten eller ingen forståelse overfor barn i den aldersgruppen, og hun hadde heller ikke forståelse for at jenta selv kunne gi uttrykk for sin egen vilje. I etterkant av samværene skal fostermor ha brukt mye tid på å trygge jenta. I forhold til jentas atferd uttaler den sakkyndige, sitat i dommen side 915;

”Dette er et mønster som en ofte ser hos barn som har opplevd alvorlig omsorgssvikt og mishandling. ... [Jeg vurderer] det som sikkert at B har vært utsatt for betydelige traumer i en utviklingsmessig sårbar periode av sitt liv. Det er derfor

grunnlag for å anta at B kan ha mer omfattende skader enn tidligere antatt. ... Jeg kan derfor ikke anbefale at mor skal ha samvær med datteren.”

På bakgrunn av dette fant førstvoterende at mor ikke kunne gis en rett til samvær med datteren, ved at det ikke ble ansett forsvarlig å utsette jenta for en så stor risiko for skade som samvær med moren kunne medføre. Hun mente at disse grunnene var tilstrekkelige til å anse de strenge vilkårene i barnevernloven § 4-19 annet ledd jf. EMK artikkel 8 for oppfylte. På bakgrunn av denne dommen er psykiske lidelser tilstrekkelig som grunnlag for å nekte samvær mellom barn og foreldre.

I denne dommen uttales at plasseringens varighet henger nøye sammen med hvor omfattende samværet skal være. Forhold ved mor ble utslagsgivende sammen med erfaringer fra samværene hvor jentas reaksjoner ble ansett som viktige. Til syvende og sist var det hensynet til jentas beste som ble utslagsgivende for at det ikke ble fastsatt samvær.

3.3.2 Rt.2004.1046

Denne saken omhandlet spørsmål om å nekte samvær mellom en syv år gammel jente og hennes foreldre. Jenta ble tatt under omsorg etter en hendelse da hun var ett år og tre måneder gammel, hvor hun ble brakt til sykehus i bevisstløs tilstand med bruddskader og blødninger i hodet. Foreldrene ble siktet for å ha påført datteren skadene og ble varetektsfengslet i fjorten dager. Saken ble imidlertid henlagt på grunn av bevisets stilling. På domstidspunktet hadde hun vært i fosterhjem i seks år. Foreldrene ble gitt rett til *samvær* med jenta både i fylkesnemnda, tingretten og lagmannsretten. I lagmannsretten derimot ble samvær gitt under sterk dissens. Etter en bred vurdering sa en enstemmig Høyesterett seg enig med lagmannsrettens mindretall, og avsa dom over at foreldrene burde *nektes samvær* med sin datter.

Førstvoterende dommer Tjomsland begynte sin vurdering med det rettslige utgangspunkt i barnevernloven § 4-19 annet ledd første punktum, sammenholdt med EMK artikkel 8. Dette er samme fremgangsmåte som førstvoterende dommer Coward ovenfor i dom

Rt.2002.908. Dommer Tjomsland fremhever betydningen av EMK artikkel 8, jeg siterer fra dommen avsnitt 47;

”Bestemmelsen i barnevernloven § 4-19 må anvendes i samsvar med artikkel 8 i Den europeiske menneskerettighetskonvensjon (EMK) om respekt for familieliv. Det er ikke tvilsomt at foreldrenes rett til samvær med sine barn etter en omsorgsovertakelse beskyttes etter denne bestemmelsen.”

De faktiske forholdene i disse dommene er imidlertid helt ulike. Dommen inntatt i Rt.2002.908 omhandlet nektelse av samvær på grunnlag av mors psykiske lidelser. Nærværende dom omhandler nektelse av samvær på grunnlag av fysisk mishandling og skadene dette forårsaket. De faktiske forholdene omkring denne jenta var at hun hadde blitt multifunksjonshemmet som et resultat av mishandlingen. Hun ble delvis lam i venstre side, hun fikk diagnosen ADHD, og fikk behov for omfattende oppfølging. Det var enighet mellom partene at omsorgsovertakelsen skulle være varig. I årene etter jenta ble utskrevet fra sykehuset, hadde det blitt gjennomført et stort antall samvær med foreldrene, men med klart avtagende hyppighet. Likevel gav de gjennomførte samværene Høyesterett et bedre og bredere grunnlag for å avgjøre samværsspørsmålet. Dommer Tjomsland baserte vurderingen sin på tilsynsførerne sine rapporter, og han støttet kommunens anførsel om at samværsordningen hadde fungert dårlig og at samværene hadde virket negativt inn på jenta. Tilsynsførerne brukte blant annet ord som ”forvirrende” og ”totalt mislykket” for å oppsummere samværene.

I følge barnevernloven § 6-3 skal barnets mening vektlegges og inntas i den helhetlige vurderingen. Jenta fikk gitt uttrykk for sin mening gjennom samtaler med de rettsoppnevnte sakkyndige. Førstvoterende uttalte om dette, i avsnitt 60, at;

”Det er ingen holdepunkter for å anta at Cs uttalelser er påvirket av noen form for lojalitetskonflikt i forhold til fosterforeldrene. ... Selv om C står noe tilbake i sin utvikling i forhold til alderen, er det ikke tvilsomt at hun forstår hva samværene

konkret innebærer. ... Hvor stor vekt man bør legge på hennes motvilje mot samværene avhenger etter mitt syn av hvor grunnfestet motviljen er og hva som reelt sett er årsaken til den.”

De sakkyndige mente kontakten mellom jenta og foreldrene førte til reaktivering av traumer. Jenta viste at hun oppfattet samværene som ubehagelige, og hun viste sterk motvilje mot å treffe sine biologiske foreldrene. Førstvoterende fremhevet i den forbindelse den sakkyndiges erklæring som viste at til tross for at jenta neppe kan huske mishandlingen, erindrer barn inntil fylte to år gjennom opplevelser som sitter i kroppen. Ut fra denne forståelsen forelå det en betydelig belastning til grunn for hennes uvilje mot samværene. Videre ble det blant annet fremhevet som mot normalt at jenta ikke engang ønsket å ha bilder av sine biologiske foreldre i fosterhjemmet.

Til tross for de ovennevnte momentene, forelå det kryssende hensyn mot det biologiske prinsipp. I tidligere rettsinstanser ble foreldrene gitt en begrenset samværsrett på bakgrunn av at det var viktig for jenta å kjenne sitt biologiske opphav, selv med kunnskap om foreldrenes mishandling. Det biologiske prinsipp er en viktig forutsetning som loven bygger på. Jenta i denne saken var av indisk opphav, det var derfor også et spørsmål om å ivareta hennes indiske identitet og tilhørighet. Ut fra de ovennevnte momentene fant Høyesterett likevel at det forelå sterke og spesielle grunner som var tilstrekkelige til å nekte foreldrene samvær med jenta, jf. barnevernloven § 4-19 annet ledd første punktum. Førstvoterende uttaler, i avsnitt 73;

”På tross av de generelle hensyn som taler for et fortsatt samvær, er jeg – særlig på bakgrunn av de rettsoppnevnte sakkyndiges anbefalinger – blitt stående ved at det vanskelig kan forsvares å opprettholde samvær i dette tilfellet. De sakkyndige omtaler Cs vegring som særlig ’bastant’, og de uttaler at hun viser ubehaget på en spesielt ’sterk og utvetydig måte’. De mener ... at dette ’mest sannsynlig’ skyldes reaktivering av traume i forbindelse med de skader hun er påført.”

Disse grunnene ble ansett for å være sterke og spesielle ut fra sakens særegne karakter, ved at hun av foreldrene er påført betydelige og varige fysiske skader med konsekvenser for hennes livsutfoldelse. Disse momentene ble avgjørende på bekostning av de generelle hensyn og det biologiske prinsipp. Det ble videre fremhevet at jenta på et senere tidspunkt ville etterspørre kunnskap om hvorfor hun har disse skadene og hvem som påførte dem, og spørsmål om hvorfor fosterforeldrene lot henne ha samvær med dem som har gjort henne vondt. Førstvoterende uttaler om dette, i avsnitt 74;

”Det er riktignok i dag vanskelig å forutsi når og hvordan hun vil motta slik kunnskap. Jeg kan imidlertid vanskelig se at det vil være mulig å gi henne dette på en måte som ikke vil medføre betydelige reaksjoner fra hennes side.”

På bakgrunn av dette ble det antatt at samværene ikke ville medføre noe annet enn problemer for jenta. Hensynet til påkjenningene for jenta veide tyngre enn foreldrenes interesser. De særegne forhold i denne saken var så ”sterke og spesielle” at foreldrene ble nektet samvær. Videre forelå det kryssende hensyn mellom det biologiske prinsipp og hensynet til barnets beste, hvor hensynet til barnets beste ble det utslagsgivende. Denne dommen viser at hensynet til barnets beste går foran det biologiske prinsipp.

3.4 Sammenfatning av Høyesterettspraksis

Den aller første betraktningen består i Høyesteretts til dels manglende begrunnelser ved fastsettelsen av samværets omfang. Det er få rene samværsdommer. De fleste omhandler hvorvidt vedtak om omsorgsovertakelse skal oppheves eller stadfestet, og de omfattende drøftelsene omhandler i hovedsak dette spørsmålet. Riktignok har fastsettelsen av samværets omfang en sammenheng med grunnlaget for vedtak om omsorgsovertakelse, men tatt i betraktning hvor grunnleggende retten til samvær er, jf. punkt 2.2.2 ovenfor, skulle det tilsi at fastsettelsen i større grad ble redegjort for.

I hovedsak er hensynet til barnets beste vurdert i samtlige dommer. Dette er i tråd med formålet i barnevernloven, jf. § 4-1. Om hensynet til barnets beste ikke er vurdert konkret i

hver enkelt dom, er det ikke fattet avgjørelser som kunne medført at barnet ville blitt utsatt for skade. I alle tilfelle viser Høyesterettspraksis at hensynet til barnets beste står sterkt ved skønnsvurderingen. Derimot har det biologiske prinsipp stått sterkere enn hensynet til barnets beste i enkelte av avgjørelsene. Se blant annet Rt.1997.534 hvor det biologiske prinsipp ble utslagsgivende. Plasseringen av to gutter skulle være varig, men samvær med mor veide tyngre enn hensynet til guttenes beste ved å bli adoptert bort. Denne dommen viser hvor sterkt det biologiske prinsipp står ved samværsspørsmål. Derimot ble det biologiske prinsipp ikke utslagsgivende i dom Rt.2004.1046. I tidligere instanser ble det gitt samvær med grunnlag i det biologiske prinsipp, men Høyesterett fant at hensynet til jentas beste måtte gå foran den biologiske tilknytningen. Saksforholdet var komplekst, og det var faktiske forhold ved jenta som til slutt ble utslagsgivende. Dette viser videre at samvær ikke fastsettes med grunnlag i de barnevernrettslige prinsippene alene. De fleste avgjørelsene treffes på en bred og sammensatt vurderingen av de faktiske forhold i den enkelte sak. På bakgrunn av dette kan det neppe oppstilles faste retningslinjer for fastsettelsen av samværets omfang.

I henhold til ovennevnte har hensynet til barnets beste stått sterkest, men det biologiske prinsipp har også vært fremtredende. Videre viser gjennomgangen at det er en viss balanse mellom de to prinsippene. Har det biologiske prinsipp vært utslagsgivende ved fastsettelsen, er det gjerne barnets beste å ha en fortsatt tilknytning til sitt biologiske opphav.

Videre er det klart at desto mer retten til samvær begrenses, dess sterkere må grunnene være. Det kreves sterke grunner for å nekte samvær helt, jf. EMK, men det fremkommer heller ikke her klare momenter som kan kalles en fast retningslinje for denne adgangen. Riktignok er det fremhevet at en langvarig plassering ikke kan være grunnlag for å nekte samvær, men her som ellers beror vurderingen på en bred og skønnsmessig vurdering av saken faktiske forhold. Imidlertid kan hensynet til barnets beste også her være utslagsgivende, hvilket de to avgjørelsene om samværsnekt er eksempler på.

Til slutt kan det fremheves at når saken har kommet så lang som til Høyesterett har det allerede vært gjennomført samvær over en periode. Høyesteretts vurdering kan dermed treffes på et bredere grunnlag enn for fylkesnemnda, ved at kunnskap om de samværene som er gjennomført kan tas med i vurderingen.

3.5 Praksis fra Den europeiske menneskerettighetsdomstolen (EMD)

EMD har myndighet i alle saker som omhandler tolkningen og anvendelsen av EMK. Sakene blir brakt inn av de som hevder å være utsatt for konvensjonsbrudd. EMD avgjør i de konkrete tilfellene om det er skjedd konvensjonsbrudd eller ikke. Domstolen tar dermed ikke stilling til hvorvidt de nasjonale lover og rettspraksis generelt er i samsvar med EMK⁵⁷, men avgjør saker om menneskerettigheter etter EMK hvor det påstås at disse er krenket. Det er kun den som hevder å være offer for en krenkelse som kan klage, og krenkelsen må ikke være reparert av de nasjonale myndighetene, jf. EMK artikkel 34. Videre må de nasjonale rettsmidlene være uttømte, noe som for Norges vedkommende medfører at saken vil ha vært til behandling fra fylkesnemnd, tingrett, lagmannsrett og til Høyesterett, jf. EMK artikkel 35.⁵⁸ Domstolens avgjørelser kan ha stor betydning i Norge, ettersom EMK er gjort til en del av norsk rett gjennom menneskerettsloven, jf. punkt 2.3.1 ovenfor.

Gjennomgangen består av et tilfeldig utvalg av de mest relevante dommene juridisk teori har lagt vekt på. Jeg har valgt å bruke avgjørelsens norske oversettelser, men den engelske versjonen for de viktigste.

3.5.1 *Adele Johansen mot Norge*

I en dom avsagt i EMD 7. august 1996, *Adele Johansen mot Norge*, ble norske myndigheter dømt for brudd på EMK artikkel 8 på bakgrunn av vedtak om fratakelse av foreldreansvar med sikte på adopsjon, og vedtak om nektelse av samvær. Sakens faktiske grunnlag var at mor ble fratatt sin nyfødte datter umiddelbart etter fødselen på grunn av mors dårlige fysiske og psykiske tilstand som medførte at hun ikke var i stand til å ha omsorgen for barnet. Rett forut for dette hadde barnevernet overtatt omsorgen for hennes 12 år gamle sønn. Inntil det ble fattet vedtak om fosterhjemsplassering på sperret adresse,

⁵⁷ Alstad/ Loftsgaard, Barnevern og omsorgsovertakelse, side 72 flg.

⁵⁸ Alstad/ Loftsgaard, Barnevern og omsorgsovertakelse, side 73.

neking av samvær og fratakelse av foreldreansvar med sikte på adopsjon da jenta var omtrent et halvt år gammel, hadde mor hatt et omfattende samvær med datteren én time to ganger i uken. EMD skulle avgjøre om omsorgsovertakelsen og de påfølgende vedtak var i overensstemmelse med EMK artikkel 8, og da særlig om vedtakene kunne anses ”nødvendig” i artikkel 8 sin forstand. EMD fant at det ikke var tilstrekkelig grunnlag for å treffe et så inngripende vedtak som samværsnekt i denne saken. Derimot ble omsorgsovertakelsen ansett for å være akseptabel. Dommen ble avsagt med hjemmel i 1953-loven, men er like fullt gjeldende i forhold til dagens barnevernlov da denne også gir hjemmel til å til å nekte samvær.

I forhold til EMD sin konkrete behandling av spørsmålet om samvær, kom Domstolen til at artikkel 8 var krenket ved at de nasjonale myndigheter hadde overskredet sin skjønnsmargin. Domstolen mente Norge fratok klager et familieliv med datteren, og de tok ikke standpunkt til en eventuell gjenforening mellom dem som er utgangspunktet etter norsk lov. EMD mente likevel at samværsnekt kunne godtas dersom det var motivert av hensynet til barnets beste. Med dette sier EMD at det kan oppstå situasjoner hvor det er nødvendig å bryte kontakten mellom foreldre og barn. Etter en konkret vurdering kom EMD til at det ikke forelå en slik situasjon i denne saken. I dommens punkt 64 sies følgende;

"However, consideration of what is in the best interest of the child is in any event of crucial importance."

Her sier Domstolen at fratakelse av foreldreansvar og nektelse av samvær kun er berettiget i ekstraordinære tilfeller og kan bare rettferdiggjøres hvis vedtakene av overvekt er til barnets beste. Her mente EMD at de norske rettsinstansene hadde lagt vekt på utenforliggende forhold som ikke omhandlet datteren, ved at samværsnekt blant annet ble begrunnet i hendelser rundt mor og hennes 12 år gamle sønn. Disse forholdene ble riktignok ansett som alvorlige, men ikke så alvorlige at de berettiget å nekte samvær mellom mor og datter. Domstolen la vekt på at det hadde vært samvær mellom mor og

datter på et tidligere tidspunkt. Videre hadde mors personlige forhold bedret seg. Domstolen kom dermed frem til at det forelå en krenkelse av EMK artikkel 8, annet ledd.

Norge ble dermed domfelt for ikke å ha begrunnet nektelsen av samvær. Dette begrunnet konvensjonsstrid etter art. 8. Det prinsipielle ved denne dommen ble i ettertid at det kreves sterke grunner for å nekte samvær mellom foreldre og barn, siden lovens klare utgangspunkt er at det skal være samvær.

3.5.2 K. og T. mot Finland

Saken K. og T. mot Finland⁵⁹ omhandlet omsorgsovertakelse og retten til samvær for to barn. Omsorgen ble for det yngste barnet overtatt umiddelbart etter fødselen. Noen dager senere ble det fattet hastevedtak for det andre barnet. Hastevedtakene ble etter en måned erstattet med ordinære omsorgsvedtak. Barnas mor led av schizofreni og hennes psykiske problemer begrunnet vedtakene. I begynnelsen ble samværene gjennomført under tilsyn én gang i måneden av omtrent tre timer. Etter i overkant av seks år ble samværene gjennomført uten tilsyn.

EMD foretok ingen separat vurdering av om tilsyn under samværene representerte en krenkelse. Derimot fant EMD etter en konkret vurdering at det fastsatte samværet ble ansett som en krenkelse ved at det ikke oppfylte det offentlige plikt til å legge til rette for en familiejenforening. Det gitte samværet var for lite i omfang i forhold til prinsippet om at alle omsorgsovertakelser skal være midlertidige og oppheves så snart forholdene tillater det. Imidlertid skal denne plikten avveies mot hensynet til barnets beste, men EMD kom frem til at restriksjonene i forbindelsen med gjennomføringen av samværsretten hindret familiejenforening i denne saken. Her bidro samværsrestriksjonene til at en jenforneng

⁵⁹ Denne saken gikk for EMD to ganger; Kammeret avsa dom 27. april 2000, men den finske staten anmodet om at saken ble overført til Storkammeret, jf. EMK artikkel 43, som avsa dom 12. juli 2001. Se Alstad/Loftsgaard, Barnevern og omsorgsovertakelse, side 87, fotnote 32.

ble hindret fremfor å bli fremmet.⁶⁰ EMD fant videre at de finske myndighetene gjennomgående hadde vist en negativ holdning, og at det ikke hadde blitt undersøkt om foreldrenes omsorgsevne hadde forbedret seg.

Sammenfattet var samværets omfang og restriksjonene under samværene med på å hindre en gjenforening av familien, og dermed en krenkelse av EMK artikkel 8 om retten til familieliv. Dette må bety at EMD finner samvær med et omfang på én gang i måneden av tre timer å utgjøre en krenkelse av artikkel 8. EMD oppstiller en plikt for barnevernet til å arbeide for en gjenforening med stadig økende styrke fra tidspunktet for omsorgsvedtaket, jf. artikkel 8. For at norske myndigheter skal unngå konvensjonsbrudd ved ikke å ta familiejenforening i betraktning, har dommen skapt en plikt for norsk barnevern, både i forhold til samværets omfang og til å holde seg orientert om omstendigheter rundt de biologiske foreldre.⁶¹

3.5.3 *Olsson mot Sverige, 1988*

Denne saken omhandlet et svensk ektepar og deres tre barn som ble midlertidig plassert i hvert sitt fosterhjem. Omsorgsvedtak ble fattet på grunn av personlige forhold ved ekteparet, deres samlivsproblemer, og en medisinsk rapport om barna hvor det ble anbefalt vedtak. Selve omsorgsovertakelsen var ikke i strid med EMK, ei heller at barna ble splittet, men domstolen fant det konvensjonsstridig at de ble plassert i separate hjem så langt fra hverandre at samvær både barna imellom, og mellom barna og foreldrene ble unødig vanskeliggjort. Domstolen gav uttrykk for at tiltaket ikke var gitt relevant og tilstrekkelig begrunnelse. I denne saken var det ikke aktuelt med adopsjon, og dermed måtte omsorgsovertakelsen anses for å være midlertidig. EMD fant at vanskelighetene ved gjennomføringen av samværene ikke samsvarte med målsetningene om familiejenforening. I følge de svenske myndighetene var det delvis administrative problemer som førte til at barna ble plassert i hvert sitt fosterhjem. EMD fant at slike

⁶⁰ Kirsten Sandberg, *Nytt i privatretten*, nr. 4 2001, side 13-14.

⁶¹ Lindboe, *Barnevernrett*, side 288-289.

problemer kun spilte en subsidiær rolle sett i sammenheng med en så grunnleggende rettighet som retten til et familieliv. Gjennomføringen av samværene var i strid med EMK artikkel 8 ved at det ble en begrensning i barnas og foreldrenes samværsrett.

I denne saken forelå det en rett til samvær, men de svenske myndighetene bidro til at denne vanskelig lot seg gjennomføre. EMD fremhever hvor grunnleggende retten til et familieliv er, og at det ikke skal mye til før denne retten blir krenket.

3.5.4 Eriksson mot Sverige, 1989

Denne saken omhandlet en jente som ble tatt under omsorg da hun var mindre enn én måned gammel fordi mor ble fengslet for narkotikaforbrytelser. Da jenta var 5 år gammel fant de svenske myndighetene ut at mors situasjon hadde forbedret seg betraktelig, og de besluttet at omsorgsvedtaket skulle oppheves. Likevel ble det med hjemmel i lov vedtatt å forby tilbakeflytting til mor. Hun fikk en rett til samvær én gang annenhver måned, men samværene ble gjennomført i et mindre omfang enn dette.

Spørsmålet for Domstolen var hvorvidt det offentliges vedtak om begrenset samværsrett hadde hjemmel i EMK artikkel 8 annet ledd. Det var imidlertid enighet om at det forelå et offentlig inngrep i mors rett til respekt for sitt familieliv i henhold til artikkelens første ledd. Mor fikk tilbake omsorgen for datteren, men ble samtidig nektet samvær med henne. På bakgrunn av dette ble hennes muligheter til å bli gjenforent med datteren svekket. Domstolen fant at EMK artikkel 8 var krenket ved en langvarig og alvorlig innskrenkning i samværet. Dette stod i strid både med hensyn til familieegjenforening og med hensyn til å beskytte barnet. Et så begrenset samvær fremmet heller ikke en utvikling av forholdet mellom mor og datter. Det ble fremhevet av Domstolen at omsorgsvedtaket tross alt var opphevet, og at det ikke lenger var tvil om mors omsorgsevne. Retten til familieliv innebærer en plikt for myndighetene ved aktivt å bidra til å muliggjøre en gjenforening. Dette formålet fant EMD ikke ble fremmet i denne saken.

3.6 Sammenfatning av EMD-praksis

I praksis fra EMD står tilbakeføringshensynet særlig sterkt. Domstolen vektlegger i større grad enn etter norsk praksis utgangspunktet om at alle omsorgsovertakelser skal være midlertidige.⁶² Dette er et grunnleggende vilkår for tilbakeføring. Domstolens avgjørelser viser at de nasjonale myndigheter ikke gjennomfører tilbakeføringshensynet i den grad EMK krever. Skal dette kunne gjennomføres mener Domstolen at samværene må gis et større omfang enn hva som er praktisert av de nasjonale myndigheter. Dette kan tenkes å være et uttrykk for at det biologiske prinsipp står sterkt i EMK.

Videre må det i henhold til EMK og Domstolens praksis kreves sterke grunner for å nekte samvær. Norge ble felt for dette i Adele Johnsen-dommen, ved at myndighetene hadde overskredet sin skjønnsmargin. Domstolene fremholder videre at barnets beste skal være det overordnet avgjørende ved anvendelsen av EMK.

⁶² Det foreligger et omfattende saker avsagt av EMD vedrørende omsorgsovertakelse, men bare et fåtall av dem omhandler retten til samvær. Jeg valgte derfor ikke å innta disse i denne fremstillingen. Avgjørelsene omhandler i hovedsak spørsmål om adopsjon, tilbakeføring etc. Se Alstad, Loftsgaard, Barnevern og omsorgsovertakelse, side 83-92. Det kan likevel fremheves tilbakeføringsformålet også i disse sakene veide tungt.

4 Avsluttende vurdering

Ovenfor viser sammenfatningene av rettspraksis under henholdsvis punkt 3.4 og 3.6 at samværets omfang fastsettes ut fra domstolenes skjønn. De barnevernrettslige prinsippene står sterkt med hensynet til barnets beste i spissen, men prinsippene krever like fullt at det anvendes en viss grad av skjønn. I det følgende vil jeg prøve å sammenfatte de momentene som tydeligst har vist seg utslagsgivende ved helhetsvurderingene for fastsettelsen av samværets omfang i rettspraksis.

Formålet med plasseringen og dens tiltenkte *varighet* er momenter som har stått sentralt. I følge forarbeidene til barnevernloven henger disse momentene nøye sammen med spørsmålet om samværsrett.⁶³ Dette ble også uttalt i dommen Rt.1998.787 på side 789 ovenfor. Videre står formålet med plasseringen i sammenheng med hensynet til *stabilitet og kontinuitet for barnet*. Dette er et uttrykk for hensynet til barnets beste, og det har vært fremhevet som viktige momenter å gi barnet en stabil omsorgssituasjon og god voksenkontakt.. Avgjørelsen i Rt.2003.425 ovenfor er et eksempel på dette, hvor utviklingen den lille jenta hadde hatt i fosterhjemmet og bedringen av hennes situasjon ble tatt hensyn til. Videre tillegges *foreldrenes personlige egenskaper og omsorgskapasitet* stor betydning ved fastsettelsen. Foreldrenes personlige forhold kan referere seg til psykiske problemer, rusavhengighet, risiko for barnemishandling, eller manglende evne til å samarbeide. Det er også gjerne her en finner årsaken til at det i sin tid ble fattet vedtak om omsorgsovertakelse.

Andre momenter som har vært viktige ved helhetsvurderingen er omstendigheter ved barnet selv, blant annet *barnets alder*. Barnets alder henger nøye sammen med hvilken vekt *barnets mening* skal ha. Som i dommene ovenfor vektlegges barnets mening i forhold til

⁶³ Ot.prp. nr. 44 (1991-92) side 51.

dets modenhet og alder. Videre må *barnets sårbarhet* tas i betraktning. Barnet kan ha blitt utsatt for påkjenninger som øker dets sårbarhet og som tilsier en mindre grad av samvær. Derfor må *reaksjoner på samværene* også tas i betraktning ved fastsettelsen. Når saken har kommet så lang som til Høyesterett har det allerede vært gjennomført samvær over en periode. Høyesteretts vurdering kan dermed treffes på et bredere grunnlag enn for fylkesnemnda, ved at kunnskap om de samværene som er gjennomført kan tas med i vurderingen. Blant annet kan være viktig å se hen til utviklingen både hos foreldre og barn ved vurderingen av hvorvidt samværet skal utvides eller reduseres i forhold til den samværsordnings som har vært gjennomført.

Det må også foretas en betraktning av norsk intern rett sammenholdt med praksis fra EMD. I Rt.2002.908 uttales at norsk rett har dømt i samsvar med EMD etter Adele Johnsen-saken. EMD legger avgjørende vekt på tilbakeføringsformålet, og dette fremmer hyppige samvær mellom barn og foreldre. Norsk rett derimot ser fortsatt hen til hvorvidt plasseringen er langvarig, og fastsetter omfanget med i utgangspunkt i det. Tilbakeføringsformålet blir i utgangspunktet ikke vurdert. Det må anføres at norsk rett foreløpig ikke er på høyde med EMD ved fastsettelsen av samværets omfang.

5 Konklusjon

I henhold til oppgavens problemstilling hvorvidt det finnes faste retningslinjer for fastsettelsen av samværets omfang, må jeg besvare dette negativt. Bortsett fra hensynet til barnets beste foreligger det ikke andre faste retningslinjer for fastsettelsen av foreldrenes rett til samvær. Avgjørelsene tas med en utstrakt bruk av skjønn i den enkelte sak.

Under punkt 0 har jeg ved gjennomgangen av hver enkelt dom fremhevet de viktigste momentene som har vært avgjørende ved vurderingen av fastsettelsen for henholdsvis Høyesterett og EMD. Det foreligger en rekke momenter som går igjen fra sak til sak, men likevel kan jeg vanskelig se at det foreligger en overordnet norm som gjennomgående følges. Dette har åpenbart sine grunner i at hver enkelt omsorgstilfelle har sin egen særegne karakter, og at fastsettelsen av samværet henger nøye sammen med omsorgsovertakelsens faktiske grunnlag, barnets alder og den utviklingen som har skjedd hos både barn og foreldre i tiden etter omsorgsovertakelsen. På bakgrunn av dette må det utøves en viss grad av skjønn i den enkelte sak, og det kan dermed tenkes at det vanskelig lar seg gjøre å følge en fastsatt rettslig standard ved fastsettelsen av samværets omfang. Haugli uttaler at retten vi i dag har til å utøve skjønn er verdifull, men at det innebærer en plikt til å utøve dette skjønnnet, og til å vurdere individuelt samt begrunne de valg som tas.⁶⁴ Sett at vi hadde hatt en rettslig standard for fastsettelsen, ville vi fortsatt hatt en utfordring med å fastsette samværets omfang ut fra hva som vil være best for hvilke barn under hvilke omstendigheter. Med andre ord kan det tenkes at det er nødvendig at denne vurderingen bør være skjønnsmessig, sakenes dynamiske karakter tatt i betraktning.

⁶⁴ Haugli, Bør samværsrettens omfang lovfestes?, FAB 2004 side 232-235.

Etter Høyesterettspraksis kan det ses som en tendens at det ofte foretas minimale vurderinger for fastsettelsen av samvær. Det fremkommer ofte ikke av begrunnelsene hvorfor det fastsatte samvær er foretrukket fremfor andre ordninger. Dette er veldig uheldig tatt i betraktning det skjønn som utøves, og dette kan være i strid med de strenge kravene som EMD stiller til slike begrunnelser. Norge ble i Adele Johansen-saken domfelt for ikke å ha begrunnet samværsnekt. Videre viser dette at EMD foretar strengere skjønnsvurderinger enn etter norsk Høyesterettspraksis. Det ser også ut som en tendens at EMD vektlegger tilbakeføringsformålet i mye større grad enn hva både norsk rettspraksis og andre lands rettspraksis gjør, jf. gjennomgangen av praksis fra EMD ovenfor. Dersom tilbakeføring skal vektlegges i så stor grad som EMD ønsker, vil det medføre at samværets omfang må økes betraktelig i de fleste lands praksis. Dette er også det EMD har dømt landene for; at samværet som fastsettes er lite og samsvarer dårlig med formålet om at det bør være en såpass god kontakt mellom barn og foreldre at de en dag skal kunne tilbakeføres til hverandre. Her er det et klart sprik mellom norsk rettspraksis og praksis fra EMD. Det er videre klart at det ikke foreligger klare retningslinjer ved fastsettelsen av samværets omfang, og at samværsretten må fastsettes ved bruk av skjønn for å oppnå dette formålet.

6 Litteraturliste

6.1 Juridisk litteratur

Alstad, Kristin og Loftsgaard, Lotte Pernille, *Barnevern og omsorgsovertakelse*, i *Menneskerettighetsdomstolen i avgjørelser i saker om offentlig omsorgsovertakelse av barn*, Tjomsland, Steinar (red.), 2003.

Andenæs, Johs, *Statsforfatningen i Norge*, 8. utgave 1998

Haugli, Trude, *Samværsrett i barnevernssake*, 2. utgave 2000

Høstmælingen, Njål, *Internasjonale menneskerettigheter*, 2003

Kock, Katrin og Walstad, Espen, *Samvær mellom barn og foreldre som ikke bor sammen*, 2005

Lindboe, Knut, *Barnevernloven*, 5. utgave 2006

Lindboe, Knut, *Barnevernrett*, 4. utgave 2003

Møse, Erik, *Menneskerettigheter*, 2002

Ofstad, Kari og Skar, Randi, *Barnevernloven med kommentarer*, 4. utgave 2004

Sandberg, Kirsten, *Tilbakeføring av barn etter omsorgsovertakelse*, 2003

Smith, Lucy og Lødrup, Peter, *Barn og foreldre*, 7. utgave 2006

6.2 Juridiske artikler

Bergum, Anne, *Tidsskrift for familierett, arverett og barnevernrettslig spørsmål*, nr 2/ 2004

Haugli, Trude, *Norges Barnevern*, nr. 4/ 2004

Sandberg, Kirsten, *Nytt i privatretten*, nr. 4/ 2001 og nr. 3/ 2003

Sandberg, Kirsten, *Norges Barnevern*, nr. 1/ 2006

Karnov, Norsk Lovkommentar, Gyldendal rettsdata

6.3 Lover og konvensjoner

Grunnloven, 17. mai 1814

Barneloven, 8. april 1981 nr. 7

Sosialtjenesteloven, 13. desember 1991 nr. 81

Barnevernloven, 17. juli 1992 nr. 100

Menneskerettsloven med konvensjoner, 21. mai 1999, nr. 30

- Vedlegg 2: Den europeiske menneskerettighetskonvensjon
- Vedlegg 8: FNs konvensjon om barnets rettigheter, 20. november 1989

Tvisteloven, 17. juni 2005 nr. 90

6.4 Forarbeider

NOU 1985:18

NOU 2000:12 Barnevernet i Norge

Ot.prp.nr.44 (1991-92) Barneverntjenester (barnevernloven)

Ot.prp.nr.76 (2005-2006) Barnevernloven og sosialtjenesteloven

Stortingsmelding nr. 40 (2001-02)

6.5 Rettspraksis

Rt.1996.1684 Rt.2002.875 Rt.2005.624

Rt.1997.534 Rt.2002.908 Rt.2006.247

Rt.1998.787 Rt.2003.425 Rt.2006.1308

Rt.1998.1420 Rt.2004.1046 Rt.2006.1672

Rt.2001.14 Rt.2004.1683

Olsson mot Sverige, 24.3.1988

Adele Johansen mot Norge, 7.8.1996

Erisson mot Sverige, 22.6.1989

K og T mot Finland, 12.7.2000